

La verifica dell'anomalia delle offerte e le fasi della procedura di scelta del contraente negli appalti pubblici alla luce delle novità del D.L. n. 70 del 2011 conv. in L. n. 106 del 2011

Vincenzo Salamone

Presidente della 2^a sezione del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte

Sommario: 1. Brevi note riassuntive delle fasi della procedura di gara - 2. I criteri di selezione delle offerte - 3. Il controllo delle offerte sospette di anomalia - 4. Il sindacato giurisdizionale sulle determinazioni in tema di anomalia delle offerte - 5. Le novità in tema di valutazione delle offerte anomale introdotte dall'art. 4 comma 2 del D.L. n. 70/2011 - 6. Il criterio di aggiudicazione nelle gare sotto soglia

1. Brevi note riassuntive delle fasi della procedura di gara

Preliminare all'esame della problematica del controllo di anomalia delle offerte è la ricostruzione per linee generali delle fasi della procedura di affidamento degli appalti pubblici, quali disciplinate dall'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici (approvato con Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163).

Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di **programmazione** delle amministrazioni aggiudicatrici, per le tipologie contrattuali previste dal codice dei contratti o dalle norme vigenti.

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici adottano una **determina di contrarre**, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte e quindi anche delle modalità di rilevazione delle offerte anomale (anche con meccanismi di automatismo per le gare relative agli appalti di rilevanza non transfrontaliera certa).

La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal codice dei contratti per l'individuazione dei soggetti offerenti (**prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa**), ai quali si accompagna un diverso sistema di rilevazione delle offerte sospette di anomalia.

L'articolo 64 del Codice dei contratti prevede che le stazioni appaltanti pubblicano un **bando o avviso di gara** che intendono aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante:

- procedura aperta:

- procedura ristretta;
- procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara;
- dialogo competitivo.

Con la **lettera invito** le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, in caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo (art. 67) nelle seguenti procedure:

- procedure ristrette;
- dialogo competitivo;
- procedure negoziate con e senza pubblicazione di un bando di gara.

Nella fase iniziale di indizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che **il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.**

Sempre ai fini della verifica sostanziale delle offerte, l'articolo 89, comma 3, del Codice stabilisce che nella predisposizione delle gare di appalto le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che **il valore economico (importo a base di gara) sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato ai sensi dell'articolo 87, comma 2, lettera g), ovvero come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia di previdenza e assistenza, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.**

La disposizione va collegata con quelle di cui all'articolo 87, commi 3 e 4, del Codice che stabiliscono rispettivamente che "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge" e "non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza".

In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione (come previsto dall'articolo 86 comma 3 *bis* del codice, con disposizione introdotta dal decreto legislativo 6 gennaio 2007 n. 6).

La disposizione conferma che a base di gara deve sempre esserci un importo massimo e l'intenzione del legislatore di implementare il necessario rispetto della regolarità dell'impiego, della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, fin dal momento della deter-

minazione dell'importo contrattuale posto a base di gara, parametro fondamentale per la definizione delle offerte economiche da parte degli operatori economici.

Allo stesso tempo, la scelta legislativa mira a tutelare la *par condicio* dei concorrenti, atteso che la garanzia del rispetto del costo del lavoro determinato dalla contrattazione collettiva di categoria, ovvero delle imprese che esercitano l'attività dedotta in gara e che sono potenziali partecipanti alla medesima, non consente a ciascun operatore di individuare liberamente il contratto collettivo da applicare, ma rappresenta un unico criterio di riferimento per tutti i concorrenti.

Le tabelle ministeriali sono redatte in base ai valori ricavabili dalla contrattazione collettiva dalle norme previdenziali ed assistenziali tenendo conto dei diversi settori merceologici delle differenti aree territoriali.

Si tratta di valori "medi", che oltre alle voci salariali, previdenziali e assicurative minime inderogabili, contemplano altre voci (indennità di trasferta, straordinario, malattia, infortunio) la cui entità è determinata in termini "statistici".

Il solo scostamento da tali valori "medi" non è di per sé sintomatico di un'anomalia dell'offerta ed il concorrente è ammesso a giustificare le voci di costo inferiori ai valori "medi", come tali rilevati da fonti ufficiali.

Le tabelle ministeriali pongono, quindi, delle regole di azione della pubblica amministrazione ai fini della corretta predisposizione dei bandi di gara, nonché della valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti a gare d'appalto, e non si propongono, invece, di determinare una misura del costo del lavoro rilevante agli effetti degli appalti pubblici in via autoritativa, quale intervento regolatorio sui prezzi a fini amministrativi ¹.

Conseguentemente, al decreto ministeriale di determinazione periodica del costo del lavoro non può che attribuirsi un valore meramente ricognitivo del costo del lavoro formatosi in un certo settore merceologico sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, non potendo peraltro, mediante l'imposizione di determinati parametri nella formulazione delle offerte, eventualmente pregiudicare la partecipazione alle procedure di gara di operatori economici che, per particolari ragioni giuridico-economiche, valutate dalla stazione appaltante in sede di accertamento della congruità dell'offerta, possano presentare offerte più vantaggiose.

Con riguardo alle modalità di formulazione delle offerte, ferma restando la disciplina della singola gara dettata dall'atto di indizione, va rilevato che il legislatore si limita a prevedere che ciascun concorrente **non può presentare più di un'offerta** e che la stessa è

¹ In tal senso, Cons. Stato VI, 21 novembre 2002 n. 6415, T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 ottobre 2007 n. 915, T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento 23 giugno 2008 n. 154.

vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione (fermo restando che la stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine).

Innovativamente dopo la novella del D.L. n. 70 del 2011 gli offerenti devono dimostrare l'entità dell'onere della manodopera con riguardo al rispetto dei minimi retributivi risultanti dalla contrattazione collettiva di categoria.

Nel contesto del novellato articolo 81 del codice dei contratti ad opera dell'articolo 4, comma 2, lett. i-bis) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70) è stata, infatti, introdotta un'importante novità consistente nella previsione che **“l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”**.

Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal codice dei contratti (**prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa**).

Al termine della procedura è dichiarata **l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente**.

La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva.

L'aggiudicazione provvisoria è soggetta, infatti, ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente.

In mancanza, il termine è pari a trenta giorni ed è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

L'aggiudicazione definitiva diventa efficace, in ogni caso, dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti di partecipazione.

La qualificazione, **definitiva o provvisoria**, dell'aggiudicazione è correlata, pertanto, alla specifica disciplina procedimentale prevista con riguardo alla stazione appaltante.

Va infatti, ricordato che non tutte le amministrazioni assoggettano l'aggiudicazione ad una successiva fase di approvazione.

L'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produr-

re la definitiva lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima.

Va tenuto conto, tuttavia, che la giurisprudenza ha individuato un altro ambito del rapporto tra le due tipologie di aggiudicazione, ritenendo che i principi relativi al rapporto tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva sono applicabili anche alla ipotesi in cui alla aggiudicazione definitiva segua un ulteriore segmento procedimentale (verifiche) e questo porti alla esclusione del primo aggiudicatario e ad una nuova aggiudicazione nell'ambito dello stesso procedimento ².

Va ricordato a tal proposito che la commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'Amministrazione aggiudicatrice, e non una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della predetta Amministrazione, e svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente, rispetto all'Amministrazione appaltante, in quanto investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata alla individuazione del miglior contraente possibile, attività che si concreta nella c.d. aggiudicazione provvisoria; la sua funzione si esaurisce soltanto con l'approvazione dell'operato da parte degli organi competenti dell'Amministrazione appaltante, e cioè con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva.

Nel periodo intercorrente tra tali atti non può negarsi il potere della stessa commissione di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente.

Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

In tale contesto si colloca il *sub*-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di cui si dirà in dettaglio nel proseguo della trattazione.

Tra aggiudicazione e stipula del contratto vanno rispettati due termini correlati alle **regole dello stand still**:

- dilatorio non prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79;
- acceleratori - 60 giorni dall'aggiudicazione.

Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel

² Consiglio Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671.

bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario.

Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio **all'esecuzione del contratto in via d'urgenza**, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie.

Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

L'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 dell'art. 11 del codice dei contratti e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari ³.

L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.

Detto principio normativo deriva oltre che da esigenze di carattere organizzativo (accertamenti da compiere sulla insussistenza di condizionamenti attraverso le informative

³ Il legislatore comunitario ha avvertito l'esigenza di una nuova direttiva che rafforzi la tutela muovendo dall'osservazione che l'attuale tutela giurisdizionale, anche cautelare, nella pratica non sempre è effettiva, atteso che non si riesce ad impedire che, nelle more del giudizio avverso l'aggiudicazione, la stazione appaltante stipuli comunque il contratto, vanificando così l'aspettativa del ricorrente vittorioso di conseguire il contratto stesso. Di qui la previsione, con la nuova direttiva, di meccanismi di standstill, vale a dire di sospensioni legali della possibilità di stipulare il contratto, per un determinato lasso temporale dopo l'aggiudicazione. Lo standstill è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera *ex lege* per trentacinque giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali ed è uno *spatium deliberandi* lasciato ai concorrenti, per valutare se proporre o meno ricorso giurisdizionale, con la garanzia che, se ricorrono, non saranno pregiudicati da una stipulazione già avvenuta. La direttiva contempla due meccanismi, uno denominato standstill, e l'altro effetto sospensivo automatico. Lo standstill in senso tecnico è l'impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione definitiva. Infatti il termine dilatorio che deve intercorrere tra aggiudicazione e stipulazione ha lo scopo di consentire agli interessati di presentare un ricorso (amministrativo o giurisdizionale, nel disegno della direttiva), con la garanzia che nel frattempo il contratto non venga stipulato. L'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione di un ricorso, e consiste nell'impedimento alla stipula del contratto, se un ricorso è presentato, fino alla decisione cautelare o di merito.

antimafia, valutazione della ricorrenza di elementi su cui fondare l'esercizio dell'autotutela) anche dall'impostazione comunitaria secondo cui vi deve essere un lasso temporale minimo tra aggiudicazione e stipulazione, per consentire agli interessati di impugnare l'aggiudicazione e conseguire un effetto utile prima che con la stipulazione si consolidi l'aggiudicazione e diventi più difficoltoso conseguire l'aggiudicazione da parte dei ricorrenti.

E', pertanto, con la **stipulazione del contratto d'appalto**, e non più con il solo verbale di aggiudicazione definitiva che può considerarsi instaurato il vincolo contrattuale tra le parti ⁴.

Quanto all'esecuzione, la stessa può avvenire dopo la stipula del contratto salvo i casi di anticipata esecuzione

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.

2. I criteri di selezione delle offerte

L'articolo 81 del codice dei contratti individua due tipologie di criteri ordinari:

- **prezzo più basso;**
- **offerta economicamente più vantaggiosa.**

L'indicazione del criterio e delle sue modalità di applicazione (compresa la modalità di individuazione dell'anomalia delle offerte) è **oggetto della determinazione a contrarre e del bando o della lettera invito** (nel caso in cui si scelga una procedura che non prevede la previa pubblicazione di un bando o avviso).

Come sopra rilevato nel contesto del novellato articolo 81 del codice dei contratti ad opera dell'articolo 4, comma 2, lett. i-bis) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70) è stata introdotta una significativa novità consistente nella previsione che **"l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro"**.

Sulla portata di detta norma si tornerà.

Quanto alle linee guida per la scelta del criterio di aggiudicazione lo stesso articolo 81 prevede che nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o

⁴ L'articolo 11 del codice dei contratti disciplina anche le forme del contratto, prevedendo: atto notarile, forma pubblica amministrativa, scrittura privata, forma elettronica. Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa (a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice), ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri predetti, **quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara (o, comunque, nel primo atto esterno di indizione della gara) quale dei due criteri sarà applicato per selezionare la migliore offerta.**

Rientra nei poteri discrezionali dell'Amministrazione appaltante la scelta fra il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base alle caratteristiche dell'appalto, avendo di mira unicamente la garanzia della libera concorrenza e la selezione della migliore offerta, con conseguente sindacabilità del criterio prescelto solo in caso di manifesta illogicità, inadeguatezza o travisamento ⁵.

L'articolo 54 del codice dei contratti prevede che per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano **le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo** ed aggiudicano, **in via generale, i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta.**

In via eccezionale utilizzano, pertanto, le altre tipologie procedimentali mediante il dialogo competitivo e nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, la procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara.

Una chiave di lettura di diritto positivo per l'abbinamento alla procedura del criterio di aggiudicazione la fornisce l'art. 55 per indirizzare la scelta della stazione appaltante tra procedure aperte e ristrette

La determina a contrarre, ai sensi dell'articolo 11, indica i criteri applicativi per abbinare tipologia procedimentale con criterio di aggiudicazione, utilizzando di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il chiaro intento di selezionare prima della presentazione delle offerte i concorrenti in possesso dei requisiti di ammissione (c.d. fase di prequalificazione).

Il bando di gara indica il tipo di procedura e l'oggetto del contratto, e fa menzione del decreto o della determina a contrarre.

⁵ Va tenuto conto che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella deliberazione n. 65 del 16 luglio 2009, ha fissato dei criteri per orientare la stazione appaltante nella sua azione essendo chiara la necessità di standardizzare le prestazioni, ove tecnicamente possibile e nell'interesse dell'amministrazione o, in alternativa, adeguare il criterio di scelta all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto.

Criterio del prezzo più basso

L'articolo 82 del codice dei contratti disciplina il criterio del prezzo più basso disponendo che l'aggiudicazione al maggior ribasso rispetto alla base d'asta si sceglie **quando i beni e le prestazioni sono standardizzati**.

Nelle gare pubbliche è illogica la scelta del criterio del prezzo più basso quando la legge di gara attribuisce rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero, al loro livello quantitativo e qualitativo, atteso che in questi casi la pluralità di elementi presi in considerazione dalla *lex specialis* si pone in contrasto con la caratteristica unicità del criterio del prezzo più basso.

Le modalità applicative del criterio del prezzo più basso sono correlate alla tipologia di esecuzione del contratto.

Per i contratti a misura sono previsti:

- la formulazione di un ribasso unico sull'elenco prezzi;
- la redazione di prezzi unitari.

Per i contratti a corpo è invece prevista la formulazione del massimo ribasso rispetto alla base d'asta.

Nei contratti in parte a corpo in parte a misura è prevista la formulazione dei prezzi unitari ⁶.

⁶ Il D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (regolamento di esecuzione del codice dei contratti) ha disciplinato in dettaglio le procedure da seguire nel caso di applicazione delle modalità predette di formulazione dell'offerta.

L'articolo 118 disciplina l'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso sull'elenco prezzi o sull'importo dei lavori, disponendo che "1. Quando la gara si tiene con il metodo del massimo ribasso, l'autorità che presiede la gara, aperti i plichi ricevuti e verificata la documentazione presentata, aggiudica l'appalto al concorrente che ha presentato il massimo ribasso percentuale:

a) sull'elenco prezzi unitari per i contratti da stipulare a misura;
b) sull'importo dei lavori per i contratti da stipulare a corpo.

2. Ai sensi dell'articolo 53, comma 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, per cui il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile".

L'articolo 119 ha disciplinato l'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, disponendo che "1. Se la procedura ristretta è aggiudicata con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, alla lettera d'invito è allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per la esecuzione dell'opera o dei lavori composta da sette colonne. Nella lista, vidimata in ogni suo foglio dal responsabile del procedimento, sono riportati per ogni lavorazione e fornitura, nella prima colonna il numero di riferimento dell'elenco delle descrizioni delle varie lavorazioni e forniture previste in progetto, nella seconda colonna la descrizione sintetica delle varie lavorazioni e forniture, nella terza colonna le unità di misura, nella quarta colonna il quantitativo previsto in progetto per ogni voce.

Nel caso di aggiudicazione dell'offerta al prezzo più basso, l'autorità che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio, legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede, sulla base dei ribassi espressi in lettere dichiarando l'aggiudicazione provvisoria.

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Nelle procedure selettive connotate dal sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica può essere considerata correttamente effettuata anche mediante l'attribuzione di un mero punteggio numerico, **allorquando nel bando di gara siano stati puntualmente prefissati criteri valutativi sufficientemente dettagliati, con l'individuazione del punteggio minimo e massimo attri-**

2. Nel termine fissato con la lettera di invito, i concorrenti rimettono alla stazione appaltante, unitamente agli altri documenti richiesti, la lista di cui al comma 1 che riporta, nella quinta e sesta colonna, i prezzi unitari offerti per ogni lavorazione e fornitura espressi in cifre nella quinta colonna ed in lettere nella sesta colonna e, nella settima colonna, i prodotti dei quantitativi risultanti dalla quarta colonna per i prezzi indicati nella sesta. Il prezzo complessivo offerto, rappresentato dalla somma di tali prodotti, è indicato dal concorrente in calce al modulo stesso unitamente al conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara. Il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere. In caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere.
3. Nel caso di discordanza dei prezzi unitari offerti prevale il prezzo indicato in lettere. Il modulo è sottoscritto in ciascun foglio dal concorrente e non può presentare correzioni che non sono da lui stesso espressamente confermate e sottoscritte.
4. In caso di procedura aperta il bando di gara contiene l'indicazione dei giorni e delle ore in cui gli interessati possono recarsi presso gli uffici della stazione appaltante per ritirare copia della lista delle lavorazioni e forniture di cui al comma 1.
5. Nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione nonché nel caso di appalti i cui corrispettivi sono stabiliti esclusivamente a corpo ovvero a corpo e a misura, la lista delle quantità relative alla parte dei lavori a corpo posta a base di gara ha effetto ai soli fini dell'aggiudicazione; prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllare le voci riportate nella lista attraverso l'esame degli elaborati progettuali, comprendenti anche il computo metrico estimativo, posti in visione ed acquisibili. In esito a tale verifica il concorrente è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale nonché negli altri documenti che è previsto facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione di presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta che, seppure determinato attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile.
6. L'autorità che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio e le eventuali correzioni apportate nel modo indicato nel comma 5, legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede, sulla base dei ribassi espressi in lettere, secondo quanto previsto dall'articolo 121.
7. La stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, procede alla verifica dei conteggi presentati dall'affidatario tenendo per validi e immutabili i prezzi unitari e correggendo, ove si riscontrino errori di calcolo, i prodotti o la somma di cui al comma 2. In caso di discordanza fra il prezzo complessivo risultante da tale verifica e quello dipendente dal ribasso percentuale offerto tutti i prezzi unitari sono corretti in modo costante in base alla percentuale di discordanza. I prezzi unitari offerti, eventualmente corretti, costituiscono l'elenco dei prezzi unitari contrattuali".

buibile alle singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione e costituenti i diversi parametri indicatori della valenza tecnica dell'offerta.

Pertanto, ciascun punteggio è correlato ad un parametro tecnico-qualitativo precostituito, in grado di per sé di dimostrare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla Commissione giudicatrice.

Nelle gare pubbliche l'Amministrazione aggiudicatrice può scegliere gli elementi di valutazione dell'offerta, ma nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione.

Nel caso in cui la procedura di gara (come nell'appalto concorso ovvero nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è caratterizzata da una netta separazione tra la valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdetto al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerta, onde evitare ogni possibile influenza sul seggio di gara nella valutazione dell'offerta tecnica.

È insita, inoltre, nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la possibilità di proporre servizi aggiuntivi e formulare proposte migliorative in ragione delle particolari modalità tecniche di svolgimento della prestazione, purché non rimangano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

L'articolo 83 del codice dei contratti fissa i criteri di valutazione con un'elencazione che ha carattere meramente esemplificativo:

- prezzo;
- qualità;
- pregio tecnico;
- caratteristiche estetiche e funzionali;
- caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto (D.Lgs. n. 113/2007);
- costo di utilizzazione e manutenzione;
- redditività;
- servizio successivo alla vendita;
- assistenza tecnica;
- data o termine di consegna;
- impegno in materia di pezzi di ricambio;
- sicurezza di approvvigionamento.

In caso di concessione di lavori o di servizi i criteri elencati a titolo esemplificativo sono i seguenti:

- durata del contratto;
- modalità di gestione;
- livello e criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

L'elencazione dei criteri di valutazione deve essere contenuta nel bando (compresi gli atti e documenti che lo corredano ad es. disciplinare di gara) o nella lettera invito (comunque nel primo atto ha rilevanza esterna di indizione della procedura) e in modo che i concorrenti conoscano le modalità di valutazione delle offerte prima della loro presentazione (e, in ogni caso, in tempo utile), con il rispetto del principio che la condizione dei partecipanti, rilevante per la determinazione dei requisiti di partecipazione, non può essere oggetto di valutazione ⁷.

Si deve, pertanto, procedere alla ponderazione dei punteggi da attribuire alle voci espressa con un valore numerico determinato con la appropriatezza dello scarto tra la soglia minima e il punteggio massimo mediante fissazione di:

- criteri e *sub* criteri;
- pesi e *sub* pesi;
- punteggi e *sub* punteggi.

Non è più prevista la possibilità per la commissione giudicatrice di fissare in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire punteggi prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte

L'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è affrontata oggi dall'art. 83, Codice dei contratti pubblici che, fin dalla formulazione del bando di gara, impone che questo stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, elencati a titolo esemplificativo dalla lett. a) alla lett. n), precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore

⁷ Nelle gare pubbliche, indette per l'aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituisce erronea applicazione di principi codificati nella normativa sia statale che comunitaria la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, che si verifica quando elementi di valutazione specificati nel disciplinare riguardano caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente, che afferiscono all'esperienza pregressa da essa maturata e al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale ovvero ad aspetti che possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara e, quindi, solo quali criteri di ammissione alla stessa, e non di valutazione dell'offerta (v., in tale senso, in materia di appalti pubblici di lavori, sentenze Beentjes, cit., punto 19; 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punti 35 e 36, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenze 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I-7213, punti 54 e 59, e 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT, Racc. pag. I-6351, punti 63 e 64). T.A.R. Piemonte, sez. I, 12 dicembre 2008, n. 3135. Anche il Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971 ha, peraltro, stabilito che nella normativa sia nazionale che comunitaria risulta codificato il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti all'aggiudicazione che ha un sostanziale supporto logico, e cioè tener separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che, invece, attengono all'offerta e all'aggiudicazione.

numerico determinato, in cui lo scarto tra punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui la soglia si riferisce deve essere adeguato.

La norma impone ancora che sia sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i *sub*-criteri e i *sub*-pesi e i *sub*-punteggi.

Il rapporto (pur mediato dalle regole della segretezza) deve essere autentico e trasparente, in modo che le offerte, una volta preventivamente indicato l'ambito degli aspetti che saranno valutati ai fini dell'aggiudicazione, possano essere consapevolmente calibrate sulle effettive esigenze della stazione appaltante.

La pronuncia della Corte di giustizia del 24 gennaio 2008 n. 532 non costituisce, del resto, un orientamento giurisprudenziale completamente nuovo, come tale espressivo di principi mai prima d'ora affermati e non conoscibili alle stazioni appaltanti.

Al contrario, in tema di specificazione ad opera della Commissione di gara dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, la Corte di giustizia ha più volte affermato che "per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte" ⁸.

L'articolo 84 del codice disciplina un organo peculiare della procedura che è la commissione giudicatrice in base ai seguenti principi:

- la competenza per la nomina è dell'organo che dispone l'aggiudicazione;
- la data di nomina deve essere successiva al termine di scadenza per la presentazione delle offerte;
- la composizione deve essere in numero dispari, massimo cinque componenti.

⁸ Il D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 ha dettato una disciplina di dettaglio all'articolo 120 per quanto riguarda i lavori disponendo che i "pesi" o "punteggi" da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in "*sub*-pesi" o "*sub*-punteggi", di cui all'articolo 83, commi 1 e 4, del codice ed indicati nel bando di gara, devono essere globalmente pari a cento. I fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a sessantacinque. In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando, i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo. Per quanto riguarda servizi e forniture il regolamento di cui sopra ha disciplinato in dettaglio la procedura all'articolo 283 disponendo che in caso di aggiudicazione di servizi e forniture con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i pesi o punteggi da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in *sub*-pesi o *sub*-punteggi, di cui all'articolo 83, commi 1 e 4, del codice, ed indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, devono essere globalmente pari a cento.

Il legislatore ha operato una scelta di preferenza dei componenti tra i funzionari dell'amministrazione (funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25), ovvero tra esterni (professionisti o docenti universitari).

E' prevista l'**attribuzione della presidenza** ad un dirigente di norma della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente.

Viene fissata una disciplina più vigorosa in tema di **incompatibilità**:

- dei componenti con chi ha svolto o potrà svolgere funzioni o incarichi tecnici amministrativi relativi al contratto (ad eccezione del presidente);
- di chi abbia rivestito una carica di pubblico amministratore nel biennio precedente;
- di chi ha dato luogo ad aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale per dolo o colpa grave.

Con riguardo alle cause di astensione sul rinvio alla previsione dell'articolo 51 del codice di procedura civile.

È, inoltre, prevista la riconvocazione della medesima commissione in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Nella commissione i componenti diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta (comma 4).

L'incompatibilità, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara, e simili.

L'incompatibilità non può estendersi a qualsivoglia funzionario dipendente dalla stazione appaltante, che svolge incarichi amministrativi o tecnici che non sono relativi allo specifico appalto ⁹.

⁹ La Corte costituzionale con la sentenza 23 novembre 2007 n. 401 ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 84 commi 2, 3, 8 e 9, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, "nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che dette disposizioni abbiano carattere suppletivo e cedevole". Tali disposizioni, le quali dettano norme sulle funzioni, sulla composizione e sulla modalità di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur disciplinando aspetti della procedura di scelta del contraente, sono preordinate a fini diversi rispetto a quelli di garanzia della concorrenzialità, in quanto gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Ne consegue che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti, non risultando quindi conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le regioni la normativa contenuta nei commi censurati, la quale se vale nel suo insieme per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, per le regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117 comma 5, cost. e dall'art. 1 comma 6, l. n. 62 del 2005. La predetta dichiarazione di illegittimità costituzionale travolge anche le modifiche apportate dal D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113.

La recente decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011 n. 13, risolvendo un contrasto giurisprudenziale, ha ritenuto che anche negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere in seduta pubblica trova applicazione con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica.

La pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato, atteso che all'apertura delle buste delle offerte tecniche, come per quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, deve procedersi in seduta pubblica.

Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

In seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse.

La commissione giudicatrice funge anche da organo di verifica dell'anomalia delle offerte.

In forza di quanto previsto dall'art. 84, del Codice dei contratti pubblici si ritiene che, in una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutte le operazioni di gara a carattere valutativo (compreso l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta economica) debbano essere compiute dalla commissione giudicatrice; infatti la necessità di operare con il "*plenum*" della Commissione giudicatrice si pone essenzialmente nelle fasi in cui la Commissione è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali vi è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, e che invece può consentirsi la deroga al principio della collegialità per le attività preparatorie, istruttorie e vincolate.

Non può ritenersi, pertanto, compito del responsabile unico del procedimento, in una gara con la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta in quanto è la Commissione che deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche eventualmente sulla base di una relazione tecnica redatta dal RUP.

Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste ¹⁰.

3. Il controllo delle offerte sospette di anomalia

Nell'ambito dei contratti pubblici, la funzione del giudizio di anomalia dell'offerta è quella di garantire un equilibrio tra la convenienza della p.a. ad affidare l'appalto al prezzo più basso e l'esigenza di evitarne l'esecuzione con un ribasso che si attesti al di là del ragionevole limite dettato dalle regole di mercato.

In particolare il *sub*-procedimento di verifica dell'anomalia non tende a selezionare l'offerta che è più conveniente per la stazione appaltante: infatti la *ratio* cui è preordinato detto meccanismo di controllo **consiste nell'assicurare la piena affidabilità della proposta contrattuale.**

Il codice disciplina le modalità di rilevazione delle offerte sospette di anomalia a seconda che si utilizzi il criterio del prezzo più basso ovvero dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel caso di utilizzazione del criterio del prezzo più basso l'art. 86, al fine di pervenire al predetto risultato, prevede le seguenti modalità:

- *accantonamento del 10% delle offerte con i maggiori e minori ribassi;*
- *media delle offerte della fascia centrale;*
- *somma della media degli scarti aritmetici delle offerte che superano la media;*
- *assoggettamento a controllo di anomalia delle offerte che sono pari o superiori alla media incrementata* ¹¹.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584, Sez. III 15 luglio 2011 n. 4332.

¹¹ Esempio:

100 offerte

vanno accantonate 10% delle offerte con minori ribassi e con maggiori ribassi (10% +10%)

per le 80 offerte della fascia centrale: somma dei ribassi; divisione per il numero delle 80 offerte

media ad es. del 10%

qualora i ribassi che superano la predetta media siano 12, 14, 16, 18, 20

si calcolano i seguenti scarti aritmetici medi 2, 4, 6, 8, 10

media 30:5

media degli scarti aritmetici medi = 6

si somma la prima media con la seconda

10% + 6

si ricava la soglia di anomalia 16%

si assoggettano a controllo di anomalia le offerte che sono pari o superiori a detta soglia, prendendo in considerazione anche le offerte rientranti nel taglio delle ali con i maggiori ribassi ad es. 22, 23, 26

richiedendo via via le giustificazioni a partire dall'offerta con il maggiore ribasso.

Detto procedimento si applica solo in presenza di un numero delle offerte ammesse superiore cinque.

La *ratio* dell'art. 86 comma 1, D.Lgs. n. 163 del 2006, relativo al prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione nelle gare di appalto, è quella di individuare la soglia di anomalia delle offerte e non di procedere ad escludere automaticamente dalla gara le imprese che hanno presentato offerte che si collocano al pari o oltre la soglia (salvo quanto si dirà per gli appalti di rilevanza non transfrontaliera).

Una volta fissata la soglia di anomalia, tutte le offerte al pari o oltre tale soglia, devono essere assoggettate al vaglio di congruità ai fini dell'aggiudicazione.

Ne deriva ancora che le offerte comprese nel c.d. taglio delle ali seguono la sorte delle altre offerte anomale e dunque, al pari e unitamente a queste ultime, vengono sottoposte al vaglio di congruità, a seconda della disciplina normativa e di bando di volta in volta applicabile alla gara.

Nel caso di utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggioso si assoggettano a controllo di anomalia le offerte riportano un punteggio superiore ai 4/5 di quello massimo previsto dal bando:

- ***sia con riguardo all'offerta prezzo;***
- ***che con riguardo all'offerta progetto.***

Ai sensi dell'art. 86, co. 3, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 del successivo co. 3 dello stesso articolo, "in ogni caso le stazioni appaltanti **possono valutare la congruità di ogni altra offerta** che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa", - recependo quanto disposto dalla giurisprudenza comunitaria (CG. CE 2711/2001, CC-285-286/99) - che "in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

Per ragioni di economia dei mezzi giuridici e per evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, per attivare la verifica di anomalia facoltativa occorre che vi sia un *fumus*, un sospetto di anomalia, sulla base di elementi specifici ¹².

Nel dubbio è opportuno che la facoltà di ricorrere all'applicazione dell'articolo 86, comma 3, sia prevista nei documenti di gara (bando, norme integrative del bando, disciplinare di gara, lettera di invito).

Pertanto, mentre l'art. 86, comma 2, impone un obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia da quella stessa previsione individuati, il successivo comma 3 **si limita a facoltizzare** la stazione appaltante a procedere alla suddetta verifica sempre che l'offerta, pur in assenza delle condizioni indicate dal comma precedente, appaia, in base ad elementi specifici, anormalmente bassa.

¹² Cons. Stato, Sez. VI, 21/5/2009 n. 3143.

In sostanza la citata disciplina distingue tra obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia individuati dalla legge e facoltà riservata all'Amministrazione di ipotizzare autonomamente, in base ad elementi specifici, casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti.

Ciò induce a ritenere che debba essere motivata la decisione di attendere alla verifica nonostante non ricorrano le condizioni indicate dall'art. 86, co. 2, non anche quella di non procedere in tal senso.

L'articolo 86, co. 3, si pone in linea con quella giurisprudenza comunitaria secondo cui il sistema legislativo italiano - che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo matematico automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia - è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano ciò non di meno sospette ¹³.

Determinata la "soglia di anomalia" è previsto il seguente procedimento, nel caso degli appalti per i quali non sussistono i presupposti per l'esclusione automatica.

Si procede:

- alla valutazione, ai sensi dell'articolo 88 del Codice, della congruità di tutte le offerte ammesse - comprese, quindi, anche le offerte relative a quel dieci per cento (di offerte con i maggiori ribassi), che non hanno contribuito alla determinazione della "soglia di anomalia") e quelle il cui ribasso è superiore a detta "soglia di anomalia" - a partire dalla prima migliore offerta e la valutazione a scorrimento si conclude quando si ritiene una offerta non anomala;
- ad aggiudicare l'appalto al concorrente la cui offerta di ribasso sia stata ritenuta, a seguito della valutazione di anomalia, non anomala.

La valutazione della congruità o non congruità delle offerte deve essere effettuata attraverso un'analisi globale e sintetica delle singole componenti in cui si articola l'offerta e della incidenza che queste hanno sull'offerta considerata nel suo insieme.

La verifica deve essere, pertanto, finalizzata ad accertare se la non congruità di una o più componenti dell'offerta si traduce nella inattendibilità dell'offerta nel suo insieme ¹⁴.

¹³ C. giust. CE 27 novembre 2001, CC-285-286/99.

¹⁴ C.G.A. n. 520/01, Cons. Stato n. 882/02, sez. V, 28/1/2009 n. 466, sez., VI, 8 marzo 2004, n. 1072; sez. V, n. 814/99 e n. 882/02, T.A.R. Catania, sez. III, 5/09/2007 n. 1393; T.A.R.. Lombardia Milano sez. III 23/2/2009 n. 1356.

Il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte è disciplinato dall'articolo 88 (articolo modificato dall'art. 4-*quater*, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, aggiunto dalla relativa legge di conversione).

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si configura come *sub-procedimento all'interno del procedimento di scelta del contraente*, collocato dopo la fase dell'apertura delle buste e prima dell'aggiudicazione dell'appalto ¹⁵.

Al riguardo, l'articolo 88 del Codice delinea un *sub-procedimento* di verifica delle offerte anomale di cui disciplina la fase istruttoria, prevedendo le modalità di richiesta di giustificazioni, i termini concessi al concorrente, le modalità di svolgimento in contraddittorio della fase di verifica.

Sono previste le seguenti fasi ¹⁶:

- *richiesta di giustificazioni;*
- *per iscritto;*
- *con facoltà (ma non l'obbligo) di specificare le componenti dell'offerta da giustificare;*
- *possibilità di obbligare a giustificare tutte le voci;*
- *termine di presentazione delle giustificazioni non meno di 15 giorni;*
- *possibilità che venga costituita una commissione ad hoc per l'esame delle giustificazioni (salva l'avvenuta costituzione della commissione giudicatrice nel caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa);*
- *possibilità di richiedere ulteriori chiarimenti, assegnando un termine non inferiore a 5 giorni (la stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, per esaminare le giustificazioni prodotte, e non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, può richiedere per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti);*
- *in caso di permanenza della valutazione di anomalia, obbligo di convocazione per audizione personale almeno tre giorni prima.*

La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala.

In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta.

¹⁵ T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 9 luglio 2008, n.6478.

¹⁶ Gli articoli 86 e 87 disciplinano i Criteri di verifica delle offerte anomale prevedendo che le offerte non vanno più corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara (Norma abrogata dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 4-*quater*, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, aggiunto dalla relativa legge di conversione, con i limiti previsti dal comma 2 dello stesso articolo 4-*quater*).

All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala ¹⁷.

17 Il Regolamento D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 disciplina in dettaglio il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte disponendo all'articolo 121 (applicabile anche alle forniture servizi in base all'articolo 284, con i necessari adattamenti) che "1. Ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all'articolo 86, comma 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

2. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, per le quali si procede alla verifica di anomalia ai sensi dell'articolo 86, comma 1, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice e superiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, nonché nel caso di lavori di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il bando non preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale.

3. Il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

4. Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del codice.

5. La specifica commissione di cui al comma 4 è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestate dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

6. Nei casi di cui al comma 5 si procede secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del codice.

7. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque e conseguentemente non si procede alla determinazione della soglia di anomalia, qualora la stazione appaltante si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, relativo alla valutazione della congruità delle offerte, si applicano le disposizioni di cui ai commi da 2 a 6. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice e superiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque.

8. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza non si proceda all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, e alla determinazione della soglia di anomalia, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità di cui all'articolo 86, comma 3, del codice. La verifica è effettuata mediante richiesta delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, del codice, con la procedura di cui all'articolo 88, del codice. Nel caso in cui venga accertata la congruità delle offerte sottoposte a verifica, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante non si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara. Si applicano i commi 4, 5 e 6.

Il D.Lgs. n. 152/2008 ha modificato il comma 7 dell'articolo 88 del Codice, disponendo che solo all'esito del procedimento di verifica delle offerte di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni e pronuncia l'aggiudicazione in favore della migliore offerta non anomala, mentre con la previgente formulazione l'esclusione veniva dichiarata ogni qual volta la singola offerta fosse risultata non affidabile.

Pertanto, mentre la precedente formulazione del comma 7 dell'articolo 88 del Codice stabiliva che la stazione appaltante iniziava verificando la prima migliore offerta e, qualora la escludeva, procedeva allo stesso modo rispetto ad altre offerte, l'attuale formulazione della norma prevede che dopo la verifica della prima migliore offerta, se questa è ritenuta anomala, si procede alla verifica delle altre offerte senza dichiarazione di esclusione, che verrà comminata solo all'esito del procedimento di verifica in unico contesto ¹⁸.

Alla luce della modifica introdotta dal D.Lgs. n. 152 al comma 7 dell'articolo 88 del Codice, il procedimento di verifica dell'anomalia **è ora da ritenersi unitario**, pur se articolato in più fasi istruttorie relative alle singole offerte, poiché lo stesso procedimento si conclude con la dichiarazione delle esclusioni di quelle offerte che nelle fasi istruttorie sono state ritenute anomale e con l'aggiudicazione in favore della migliore offerta non riscontrata anomala.

Qualora, quindi, la verifica di congruità debba essere effettuata nei riguardi di più offerte, è possibile che le singole fasi istruttorie di tale verifica, al fine di ridurre i tempi per la individuazione dell'aggiudicatario definitivo, siano svolte in contemporanea avviando tali fasi istruttorie (esame delle giustificazioni presentate in gara) a partire dalla migliore offerta e proseguendo gli avvisi dei *sub*-procedimenti delle altre offerte, anche se non ancora concluse le precedenti, seguendo l'ordine progressivo dei ribassi offerti; la fase conclusiva delle fasi istruttorie si deve svolgere a partire dalla migliore offerta e, ove necessario, in quanto non si è ancora individuata l'offerta congrua, progressivamente in ordine decrescente nei confronti delle successive.

9. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il bando preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a dieci, il soggetto che presiede la gara procede ad aggiudicare provvisoriamente la gara.

10. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'articolo 86, comma 2, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6.

18 L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici è intervenuta sulla questione della contemporaneità o del susseguirsi delle verifiche nella determinazione n. 4 del 1999 ma in relazione all'articolo 21, comma 1 *bis* della legge n. 109/94 che prevedeva la verifica di tutte le offerte superiori alla soglia di anomalia. L'Autorità aveva affermato che la verifica non si doveva svolgere contemporaneamente nei riguardi di tutte le offerte che superavano la soglia (come sembrava affermare la norma) ma che si poteva svolgere anche a partire dall'offerta di maggior ribasso e successivamente alle altre offerte.

Il procedimento così impostato comporta una considerevole riduzione dei tempi della procedura di gara poiché la richiesta di chiarimenti di una offerta avverrebbe mentre non sono ancora pervenute le risposte a precedenti richieste di chiarimenti.

Ad ogni concorrente deve essere garantito, in ogni caso, il rispetto delle fasi e della tempistica prevista dall'articolo 88 del Codice fino alla convocazione finale propedeutica all'esclusione.

Elementi dell'offerta che contribuiscono alla verifica di quelle anormalmente basse.

Per accertare la congruità delle offerte di un lavoro, di un servizio o di una fornitura occorre conoscere:

- a) l'esatta quantità delle singole prestazioni che costituiscono la commessa;*
- b) i prezzi unitari offerti per la esecuzione delle singole prestazioni;*
- c) le giustificazioni che dimostrino la correttezza e congruità dei prezzi unitari offerti.*

Le giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo:

- a) **l'economia del procedimento** di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b) le **soluzioni tecniche** adottate;
- c) le **condizioni eccezionalmente favorevoli** di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;
- d) **l'originalità del progetto**, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;
- f) **l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato** ¹⁹;

E' stata soppressa la lett. g) relativa al costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione (**lettera abrogata dall'articolo 4, comma 2, lett. e-ter) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70**) ²⁰.

Il Codice ha confermato quanto rilevato dalla giurisprudenza e cioè che si tratta di una elencazione non tassativa, ma meramente esemplificativa e non limitativa

¹⁹ La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un **aiuto di Stato**, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione europea.

²⁰ Precedentemente era stata soppressa la lett. e) riguardante il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro.

della scelta della stazione appaltante di poter estendere la richiesta di chiarimenti ad altri elementi costitutivi dell'offerta.

La verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole insattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto.

Di conseguenza, ad esempio, ai fini della verifica di congruità dell'offerta, le imprese concorrenti ben possono produrre quali elementi giustificativi anche le voci di ricavo generate dai cosiddetti servizi aggiuntivi, ove questi ultimi si atteggiino quali elementi intrinseci alla prestazione principale oggetto di offerta.

Non sono, invece, ammesse giustificazioni:

- in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

- in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222.

Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto, infatti, dei costi relativi alla sicurezza e ai trattamenti salariali minimi inderogabili, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, servizi e forniture.

Nell'ambito dei requisiti per la qualificazione devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa.

La verifica del **rispetto dei livelli salariali e contributivi minimi inderogabili**, non può essere disgiunta dalla valutazione della congruità del **"monte ore"** che l'offerente assume essere sufficiente per eseguire la prestazione dedotta in appalto.

Poiché il costo del lavoro totale è il prodotto del costo unitario per il tempo (ore o giornate lavorative) e l'entità del personale (numero di lavoratori), si deve impedire che l'analisi del costo totale sia condizionata dalla sottostima del tempo e/o del numero dei lavoratori, così da far risultare congruo il costo unitario del lavoro ²¹.

²¹ (Cfr. deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 156/2007, parere dell'Autorità n. 35/2007).

Il giudizio di anomalia non può essere effettuato confrontando le giustificazioni di più offerte, ma svolgendo la fase di verifica di ogni offerta autonomamente sulla base dei documenti di giustificazioni presentati dai concorrenti in relazione ai prezzi offerti per le singole prestazioni costituenti l'offerta.

Ciò perché la valutazione dipende dalle capacità imprenditoriali di ciascun offerente.

Non è inibito all'offerente di supportare l'economicità dell'offerta sulla base di altre iniziative imprenditoriali purché strettamente correlate all'appalto, in quanto connesse funzionalmente all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto.

Nella procedura di verifica di anomalia, è ammissibile la modifica delle giustificazioni relative alle varie componenti del prezzo dell'offerta, ferma restando la immodificabilità dell'offerta stessa nel suo complessivo importo economico.

Infatti, è opportuno distinguere tra offerta immodificabile - e parametri dimostrativi della affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale) ²².

Nelle gare d'appalto, la possibilità di ribassare la percentuale dell'utile è consentita pur escludendosi che un'impresa possa proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile, né è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Solo un utile pari a zero si considera ingiustificabile ²³.

Per quanto attiene alla motivazione del giudizio di anomalia, nel caso di giudizio negativo, la stessa deve essere necessariamente rigorosa e puntuale al fine di consentire al concorrente dichiarato anomalo di avere consapevolezza delle motivazioni poste a

²² Cons. Stato, V, 21 maggio 2009 n. 3146.

²³ Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, nella quale si legge "Quanto all'utile di impresa, è risultato che l'utile previsto è quasi il 2% del prezzo offerto.

Si tratta di una percentuale ragionevole che non inficia l'affidabilità dell'offerta.

Sotto tale profilo, va ricordato che secondo la giurisprudenza di questo Consesso, nelle gare d'appalto, la possibilità di ribassare la percentuale dell'utile è consentita pur escludendosi che un'impresa possa proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile, né è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua (Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5315; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004 n. 1072; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2002 n. 882), assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali (Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1018). Solo un utile pari a zero è ingiustificabile (Tar Lazio - Roma, sez. III-ter, 21 febbraio 2007 n. 1527).

base della valutazione di anomalia ed, eventualmente, per poter efficacemente chiedere di sindacare in sede giurisdizionale il provvedimento a lui avverso).

Nel **caso di giudizio positivo**, la motivazione può essere meno analitica, potendo essere costruita *per relationem* alle giustificazioni fornite dal concorrente, se congrue ed articolate e se, ad esempio, il ribasso non sia eclatante o manifestamente fuori mercato (offerta non seria).

4. Il sindacato giurisdizionale sulle determinazioni in tema di anomalia delle offerte

Le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di riscontro delle anomalie delle offerte presentate, dalla prevalente giurisprudenza sono considerate espressione di un ampio potere tecnico-discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale salva l'ipotesi in cui esse siano palesemente illogiche, irrazionali o fondate su insufficiente motivazione o su errori di fatto ²⁴.

Nella materia il sindacato giurisdizionale può esplicarsi in un ambito di per sé limitato, non potendo giungersi alla sostituzione della valutazione operata dall'amministrazione con quella del giudice (pena la violazione dello stesso fondamentale principio della separazione dei poteri).

Deve tuttavia rilevarsi che detto sindacato ben può compendiarsi nell'accertare se il potere dell'amministrazione appaltante non solo sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti, ma anche e soprattutto se le valutazioni operate siano attendibili ²⁵.

In caso contrario si finirebbe per violare il principio fissato dall'art. 113 della Costituzione, sottraendo ingiustificatamente al sindacato giurisdizionale una notevolissima e relevantissima parte dell'attività provvedimentale della pubblica amministrazione ed in particolare quella che, proprio per essere caratterizzata da valutazioni tecnico-discrezionali, maggiormente può incidere sulle posizioni soggettive degli amministrati.

L'effettività della tutela è garantita attraverso un sindacato, anche sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, che non sia meramente estrinseco, limitato ad una verifica dell'assenza di palesi travisamento o di manifeste illogicità.

Infatti, tramontata l'equazione discrezionalità tecnica - merito insindacabile ²⁶, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa,

²⁴ C.d.S., sez. V, 23 novembre 2010, 22 giugno 2010, n. 3890, 18 marzo 2010, n. 1589, 29 gennaio 2009, 8 luglio 2008, n. 8 luglio 2008).

²⁵ C.d.S., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658; sez. V, 3 dicembre 2005, n. 7059; sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607.

²⁶ A partire dalla sentenza Consiglio Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

bensi alla verifica diretta di attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed al procedimento applicativo.

La discrezionalità tecnica ricorre quando l'amministrazione, al fine di provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica alla quale una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, con la conseguenza che l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, comportano un vizio di legittimità dell'atto amministrativo.

In tal caso il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. si svolge in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

Il giudice può, pertanto, utilizzare per tale controllo sia il tradizionale strumento della verifica, che la c.t.u. per la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo ²⁷.

5. Le novità in tema di valutazione delle offerte anomale introdotte dall'art. 4 comma 2 del D.L. n. 70/2011

La legge di conversione ha introdotto due novità in tema di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e offerta anomala:

- dall'art. 87, comma 1, codice, viene espunta la lett. g), che chiedeva di valutare, ai fini dell'anomalia, il costo del lavoro medio come determinato periodicamente in apposite tabelle ministeriali;

- per converso, viene inserito un comma 3-bis) nell'art. 81, relativo ai criteri per la scelta dell'offerta migliore, a tenore del quale "L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

A seguito delle modifiche apportate dal decreto legge n. 70/2011, come convertito, l'articolo 81 del Codice, in materia dei "criteri per la scelta dell'offerta migliore", è così formulato:

²⁷ Con riguardo alla qualificazione del potere esercitato dall'Amministrazione in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta ed ai relativi margini del sindacato giurisdizionale merita di essere richiamata la sentenza del Consiglio di Stato sezione III del 23 giugno 2011 n. 3807.

«1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Le stazioni appaltanti, scelgono, fra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

3-bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Il d.l. n. 70/2011 ha poi abrogato la lettera g) del comma 2 dell'articolo 87 del Codice.

La disposizione stabiliva che le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta potessero riguardare anche il costo del lavoro determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

La norma non era di facile lettura dal momento che:

se per costo del lavoro si intende il minimo salariale è evidente che lo stesso non può mai essere oggetto di giustificazione (poiché ciò equivarrebbe, di fatto, a consentire ribassi conseguiti attraverso l'impiego di lavoro nero o di manodopera non qualificata);

- se, invece, per costo del lavoro si intende il costo complessivo del lavoro, la disposizione doveva ritenersi connessa alla produttività e, quindi, alla lettera a) dello stesso comma 2.

Il nuovo comma 3-bis dell'articolo 81 del Codice, ad una prima lettura, sembra in sostanza porre sullo stesso piano il costo del personale ed il costo della sicurezza.

Quest'ultimo è sicuramente un costo complessivo.

L'articolo 86 del Codice indica i “Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse” ed in particolare il comma 3 bis (come novellato dalla Legge finanziaria 2007 e dalla L. n. 123/2007) recita: “3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è

determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione”.

Detto articolo viene poi richiamato puntualmente al terzo comma dell’art. 39 del Regolamento “Piano di sicurezza e di coordinamento e quadro di incidenza della manodopera” come segue: 3. Il quadro di incidenza della manodopera è il documento sintetico che indica, con riferimento allo specifico contratto, il costo del lavoro di cui all’art. 86, comma 3-bis del codice. Il quadro definisce l’incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l’opera o il lavoro”.

Inoltre l’art. 87 del Codice “Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse” al comma 3 sancisce che “Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.” e al comma 4 riporta che “Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all’articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all’articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all’articolo 7, D.P.R. 3 luglio 2003, n. 222. Nella valutazione dell’anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza che devono essere specificamente indicati nell’offerta e risultare congrui rispetto all’entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”.

La combinazione di tali due modifiche può prestarsi a due diverse interpretazioni.

Secondo una prima interpretazione, la stazione appaltante dovrebbe indicare ex ante nel bando di gara l’importo del costo del lavoro.

La prima possibile interpretazione depone, infatti, nel senso che:

- in sede di anomalia resta necessario valutare il rispetto del costo del lavoro, atteso che è rimasto in vigore l’art. 86, comma 3-bis, codice, di cui l’art. 87, comma 2, lett. g), era mera ripetizione;

- per determinare l’offerta migliore non si tiene conto delle spese relative al costo del personale, ma tuttavia il costo del personale va valutato sulla base dei minimi contrattuali e del rispetto delle misure in materia di salute e sicurezza dei lavoratori;

- pertanto, da un lato, per l’offerente diviene inutile tentare di ridurre il prezzo offerto giocando sulla riduzione dei costi del personale, e dall’altro lato l’offerente deve comunque evidenziare la spesa per il costo del personale, che deve essere valutata dalla stazione appaltante.

Di conseguenza, l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti:

- una parte pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali);
- una parte pari al costo della sicurezza;
- una parte pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile delle imprese.

Dal momento che sulle prime due parti la norma sembra non consentire ribassi, ne deriva che **il confronto concorrenziale si svolgerebbe su una percentuale (molto ridotta per commesse ad alta intensità di lavoro) del costo complessivo, con l'effetto di incentivare le imprese a presentare ribassi maggiori al crescere della loro produttività; tali ribassi non sarebbero verificabili in alcun modo, se non con riferimento al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile.**

L'effetto concreto e finale che, in tal caso, si verrebbe a determinare non appare conforme all'obiettivo di contrasto al lavoro irregolare che si è prefisso il legislatore.

Maggiore difficoltà applicativa tale soluzione esegetica comporterebbe nel caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Detto criterio, infatti, implica necessariamente la presentazione da parte delle imprese di proposte progettuali o di proposte migliorative del progetto posto a base di gara.

Per i lavori, ai sensi dell'articolo 53, comma 2, del Codice, a base di gara si può porre anche il solo progetto preliminare.

Inoltre i contratti di lavori pubblici devono essere stipulati, di norma, a corpo (articolo 53, comma 4 del Codice) e l'offerta va presentata mediante il criterio dell'offerta a prezzi unitari: tale meccanismo di gara appare difficilmente conciliabile con la novella normativa²⁸.

Sul piano applicativo, la determinazione del costo del personale in fase di indizione dei bandi di gara pone ulteriori notevoli problemi operativi in relazione a talune tipologie di appalti.

Non tutti i lavori e le forniture sono riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera conoscibile *ex ante* dalle stazioni appaltanti. Non lo sono, ad esempio, la fornitura di farmaci o di dispositivi medici o di attrezzature informatiche.

²⁸ Sulla base di tale interpretazione della norma, sono state fornite puntuali indicazioni sulla redazione dei progetti e dei bandi di gara nel documento "Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 81 del codice dei contratti pubblici dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del d.l. n. 70/2011", redatto dal gruppo di lavoro interregionale "Codice contratti" operante presso ITACA, scaricabile dal sito www.itaca.org.

Se per i lavori pubblici si potrebbe risalire al costo del personale in fase di progettazione sulla base delle analisi dei prezzi in base alle quali si redigono gli elenchi prezzi ed in base alle disposizioni contenute nel comma 3 dell'articolo 39 del D.P.R. n. 207/2010 in merito alla "tabella della incidenza della manodopera", **per molti servizi** (per esempio, i servizi di progettazione, i servizi informatici, i servizi assistenziali) e **per le forniture** (che possono essere prodotte anche in paesi esteri) è di fatto impossibile evidenziare il costo del personale in sede di progettazione del servizio o della fornitura, in quanto ciò presupporrebbe una conoscenza del settore che le stazioni appaltanti verosimilmente non possiedono.

Normalmente, in questi casi, gli importi posti a base di gara sono individuati ai sensi dell'articolo 89, comma 1, del Codice con riferimento al miglior prezzo di mercato, trattandosi in generale di servizi o forniture standard; e tuttavia, il miglior prezzo di mercato non specifica il costo del personale.

A ciò va aggiunto che **la quantificazione del costo del personale dipende anche, qualitativamente e quantitativamente, dalle prestazioni offerte nella proposta progettuale** qualora la gara si svolga **sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, criterio considerato da molti come il migliore per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche a prestazioni potenzialmente variabili.

Se per costo del personale si intende la somma complessiva dei corrispettivi pagati al personale per eseguire una prestazione, qualsiasi sia la sua natura (lavoro, servizio o fornitura), esso è **connesso a due elementi**:

- **il costo orario del personale;**
- **ed il numero di ore per cui è utilizzato.**

La disposizione si fa carico di uno solo dei due elementi, quello **del costo orario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale, ma il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa.**

L'esecuzione di una stessa prestazione, quindi, può comportare fra **due imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata.**

Tali inconvenienti conducono ad addivenire ad una sua diversa interpretazione, nel rispetto degli obiettivi che si è posto il legislatore, contrastare il lavoro nero ed il lavoro sottopagato fatta propria dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo la quale questo obiettivo verrebbe perseguito in modo più efficace verificando il rispetto della normativa sulla manodopera, nella fase di esecuzione delle commesse.

Nello studio predisposto dall'Autorità con il titolo **"Documento di consultazione - prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del**

lavoro” del Settembre 2011 si rileva che a tale scopo, soccorre la normativa sul documento unico di regolarità contributiva (articolo 6, del D.P.R. n. 207/2010).

La disposizione pone sullo stesso piano i lavori, i servizi e le forniture, ma sembra costruita con riferimento ai lavori ed ai servizi ad alta intensità di lavoro di tipo standardizzato ²⁹.

Il termine “costo del personale” non è, quindi, chiaro: può essere inteso come costo complessivo o come costo unitario.

Dato il contesto normativo e le criticità evidenziate che potrebbero portare ad effetti paradossali, occorre verificare se possa ricavarsi una diversa interpretazione della novella da una lettura dell'intero complesso nel rispetto della *ratio* della norma, atteso che essa riguarda i valori fondamentali di solidarietà, uguaglianza e libertà che si rinvergono nel principio di retribuzione adeguata e sufficiente di cui all'articolo 36 della Costituzione.

Si deve perciò ritenere che la prescrizione che impone il rispetto dei minimi salariali e degli oneri di salute e sicurezza, essendo prevista dal codice, dia luogo:

- ad una causa di esclusione se vengono violati i minimi contrattuali;

- mentre è possibile fornire giustificazioni nel caso in cui il costo del lavoro, superiore ai minimi, ingeneri comunque un sospetto di anomalia ³⁰.

Pertanto occorre valutare se la norma non sia interpretabile nel senso che essa impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese, qualora il tipo di commessa lo consenta come nel caso dei lavori e di alcuni tipi di servizi, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera.

Questa conclusione trova il proprio fondamento nella stessa disposizione, dal momento che affermare che l'offerta migliore (l'offerta aggiudicataria) è determinata al “netto delle

29 Finora il costo del lavoro è sempre stato inteso come costo complessivo della manodopera e la verifica della correttezza del costo del lavoro era parte della verifica di congruità dell'offerta.

In sostanza, fermo restando che il costo orario era quello dei minimi salariali, la verifica riguardava la produttività (tempi e organizzazione) del personale proposta dal concorrente.

Ciò avveniva in quanto il comma 2, lettera a), dell'articolo 87 del Codice prevede che le giustificazioni possono riguardare l'economia del procedimento di costruzione o del processo di fabbricazione o del metodo di prestazione del servizio che costituiscono la produttività del concorrente che può comportare fra diverse imprese l'utilizzo di una diversa quantità di manodopera. (disposizione che costituisce recepimento di norma comunitaria).

30 Prima della novella normativa, la salvaguardia di tali valori era assicurata mediante una verifica *ex post* in un'ottica giustificativa della sostenibilità dell'offerta: come sostenuto dalle direttive comunitarie e dal Consiglio di Stato (cfr., ad esempio, sezione V, nella sentenza 23 giugno 2011 n. 3807), l'indagine sulla congruità dell'offerta deve necessariamente coinvolgere non solo e non tanto gli aspetti logico-formali dell'offerta e delle sue giustificazioni, quanto piuttosto il concreto substrato materiale e organizzativo della struttura dell'impresa aggiudicataria, onde accertare e verificare che effettivamente il costo del lavoro indicato nell'offerta sia obiettivamente (e non solo soggettivamente) idoneo ad assicurare il pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali sopra indicati.

spese relative al costo del personale valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” **sembra significare che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non possono essere giustificate sulla base di un mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, come del resto prevede l’articolo 87, comma 3 del Codice, non modificato.**

Di conseguenza, il ribasso offerto può, invece, essere giustificato da un’organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall’impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale.

Questa interpretazione trova fondamento anche alla normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/CE) secondo cui “se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione” e tale disposizione è stata recepita negli articoli 87 e 88 del Codice.

Alla luce di queste considerazioni la disposizione di cui al comma 3-bis dell’articolo 81 del Codice potrebbe essere interpretata come atta a sancire l’obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro su due piani:

- una prima fase consistente nella verifica della produttività presentata dal concorrente;

- una seconda fase consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione.

Tale verifica andrebbe fatta sempre sull’aggiudicatario anche nel caso la gara si sia svolta con la procedura dell’esclusione automatica.

Occorre poi tenere presente che non è stato modificato dalla novella normativa il secondo periodo del comma 3-bis dell’articolo 86 del Codice, il quale precisa che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale.

Il comma 3-bis dell’articolo 81 fa, invece, riferimento ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore.

Dunque, in sede di verifica dell’anomalia, resta necessario valutare il rispetto del costo del lavoro, atteso che è rimasto in vigore l’art. 86, co. 3-bis, del Codice, di cui l’art. 87, co. 2, lett. g), era mera ripetizione.

Di conseguenza la seconda interpretazione proposta si fonda anche su un dato normativo e sembra più coerente con l'intero sistema ³¹.

6. Il criterio di aggiudicazione nelle gare sotto soglia

Per gli appalti sotto soglia di lavori di rilevanza non transfrontaliera (articolo 122 comma 9) e per le forniture di beni a servizi (articolo 124 comma 8), la stazione appaltante può prevedere nei casi predetti l'esclusione automatica delle offerte che si collocano al pari ovvero oltre la soglia di anomalia.

Il criterio di esclusione automatica presuppone l'ammissione di almeno 10 offerte valide (e non 5 come nelle gare sopra soglia).

Presupposti per il procedimento di esclusione automatica delle offerte per le quali sussiste una presunzione assoluta di anomalia sono:

- appalti di lavori, importo inferiore ad 1 milione di euro e di servizi e forniture inferiori a 100.000 euro;

- che il bando preveda la esclusione automatica delle offerte che contengano un ribasso percentuale pari o superiore alla cosiddetta "soglia di anomalia";

- siano state ammesse almeno dieci offerte valide.

In tal caso si procede:

- alla esclusione effettiva di tutte le offerte i cui ribassi siano pari o superiori alla soglia di anomalia e, quindi, anche di quelle offerte relative a quel dieci per cento che non ha contribuito alla determinazione delle medie;

- ad aggiudicare l'appalto al concorrente la cui offerta di ribasso si avvicina di più alla "soglia di anomalia" e in caso di parità si procede per sorteggio.

- alla verifica - qualora il ribasso offerto in base ad elementi specifici appaia anormalmente basso - della congruità dell'offerta.

Con una previsione di dubbia compatibilità comunitaria (contenuta all'art. 4, comma 2 lett. II.) n. 3, D.L. n. 70/2011), è stata reintrodotta in via transitoria, per tutti gli appalti sotto soglia comunitaria, sia di lavori, che di servizi e forniture, per un periodo di circa due anni e mezzo, la facoltà per le stazioni appaltanti di escludere automaticamente le offerte anomale, facoltà finora consentita a regime solo per appalti di lavori fino a un milione di euro e per appalti di servizi e forniture fino a 100.00 euro.

³¹ De Nictolis, Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti pubblici, in Urbanistica e appalti, 9-2011 pagg. 1027 e ss., Roux, I criteri per la scelta dell'offerta migliore e la conversione del decreto sviluppo (legge 12 luglio 2011 n. 106): i paradossi e la "volontà inconsapevole" del legislatore, in Lexitalia 7-8-2011; Miconi Brevi note sull'art. 81 D.Lgs. n. 163/2006 come novellato dal d.l. n. 70/2011 convertiti in legge n. 106 del 2011 in Giustamm 2011.

La disposizione dell'art. 253 del Codice dei contratti recita "20-bis. Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2013 le disposizioni di cui agli articoli 122, comma 9, e 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28.

Pertanto, nell'art. 253, codice, recante le disposizioni transitorie, è stato inserito un comma 20- bis) a tenore del quale le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2013 le disposizioni di cui agli artt. 122, comma 9, e 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 28, codice ³².

La norma sebbene caratterizzata dalla transitorietà pone seri problemi di compatibilità comunitaria che dovrebbero far propendere per una disapplicazione da parte delle Amministrazioni (che comunque sono soltanto facoltizzate ad utilizzarla) ³³.

Il principio affermato dalla Corte di giustizia comunitaria 9 settembre 2003 n. 198, secondo cui l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, deve essere correlato con quanto dalla stessa Corte affermato, in materia di bandi di gara, con la sentenza 25 febbraio 2003, C-327/00, che ha consentito l'elusione del principio di decadenza prima di cui all'art. 21, L. Tar e adesso dagli artt. 29 e 120 del codice del processo amministrativo, e la possibilità di disapplicazione delle clausole dei bandi di gara soltanto laddove il comportamento non rettilineo, contraddittorio dell'amministrazione (tale da sovvertire gli altri principi di decadenza per decorrenza dei termini, certezza e presunzione di validità, necessità di impugnare le clausole dei bandi immediatamente preclusive alla partecipazione) configuri in concreto una violazione del principio dell'affidamento ³⁴.

Come si ricorderà, la Corte di giustizia CE aveva ritenuto che l'essere l'appalto sotto soglia non giustificasse di per sé il regime di esclusione automatica delle offerte anomale, salvo che per gli appalti di modesto importo e privi di interesse transfrontaliero.

Il legislatore italiano era, pertanto, intervenuto limitando la possibilità di esclusione automatica agli appalti di lavori fino a 1 milione di euro e agli appalti di servizi e forniture

32 La previsione, introdotta dal decreto legge e non toccata dalla legge di conversione, è in vigore dal 14 maggio 2011; non è dettato un regime transitorio, ma sembra chiaro che, dovendo l'esclusione automatica essere prevista nel bando, la norma non è applicabile alle procedure in corso, ma solo a quelle indette dopo il 14 maggio 2011.

33 Per la determinazione della soglia comunitaria degli appalti occorre fare riferimento al Regolamento CE 1177/2009 del 30 novembre 2009 che ha modificato nel modo seguente le soglie comunitarie con effetto dal 10 gennaio 2010, ai sensi degli articoli 28 e 29 del codice dei contratti.

Le soglie sono le seguenti:

settori ordinari: forniture e servizi euro 193.000 (amministrazioni centrali dello Stato euro 125.000); lavori euro 4.845.000

Settori speciali (articolo 215 del codice dei contratti): forniture e servizi euro 387.000; lavori euro 4.845.000.

34 Consiglio Stato, sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3955.

fino a 100.000 euro, purché l'esclusione automatica fosse prevista nel bando di gara e le offerte fossero in numero pari o superiore a 10.

Ora tale regime viene esteso a tutti gli appalti sotto soglia, ma per un periodo temporale limitato.

E' dubbio che la transitorietà del nuovo regime non si ponga in contrasto con i principi comunitari, posto che la Corte di giustizia CE ha condannato norme italiane che prevedevano l'esclusione automatica delle offerte anomale per un periodo transitorio che superava in durata il periodo transitorio massimo consentito dal legislatore comunitario ³⁵.

La Corte di giustizia delle comunità europee, sez. VI - Sentenza 27 novembre 2001 - cause riunite C-285/99 ha ritenuto che l'art. 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che non è conforme un procedimento volto a respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti.

Incompatibile con i principi comunitari è la normativa che imponga all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali.

Mentre di per sé non è incompatibile la normativa che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, da un lato, obbliga tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad una parte dell'importo posto a base d'asta, e, dall'altro, applica un metodo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media dell'insieme delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento della formulazione dell'offerta,

35 Corte Giust CE. 15 maggio 2008, cause C-147/06 e C-148/06, in questa Rivista, 2008, 1123, con nota di G. Balocco, La Corte CE censura il criterio di valutazione dell'anomalia nelle offerte sotto soglia.

Corte Giust. CE, 16 ottobre 1997, causa C-304/96, in questa Urbanistica e Appalti, 1997, 1394, con nota di R. De Nictolis, La Corte CE sulla disciplina transitoria delle offerte anomale, introdotta dal legislatore italiano.

dovendo tuttavia il risultato al quale porta l'applicazione di tale metodo di calcolo essere riesaminato dall'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte giustizia CE, con la sentenza sez. IV, 15 maggio 2008, n. 147, con riguardo agli appalti sottosoglia ha ritenuto che qualora **il contratto presenti interesse transfrontaliero certo**, le amministrazioni degli Stati membri sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

Le norme fondamentali del Trattato Ce relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime; salva tuttavia la possibilità di fissare una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse a motivo appunto del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare.

La regola dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse negli appalti che presentano interesse transfrontaliero potrebbe privare gli operatori economici di altri Stati della possibilità di porre in essere una concorrenza più efficace nei confronti delle imprese nazionali e pregiudica così il loro accesso al relativo mercato, ostacolando in tal modo l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

Ciò non si verificherebbe nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione interessata, **a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte** che potrebbe obbligare l'amministrazione a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa **o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare**, fissasse una soglia ragionevole (numero di offer-

te) al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse ³⁶.

36 Merita menzione la scelta operata recentemente dal legislatore regionale siciliano. La Legge regionale della Sicilia n. 12/2011, all'articolo 19 della legge medesima - rubricato "Criteri di aggiudicazione" incidendo sui precetti di cui all'articolo 81 del Codice dei Contratti Pubblici, per selezionare la migliore offerta, pone le opzioni di principio sul ricorso ai criteri di aggiudicazione, stabilendo che le stazioni appaltanti ricorrano: a) al criterio del prezzo più basso quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate; b) al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere prevalenti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali, ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata.

L'opzione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è tuttavia obbligata, per espressa disposizione del secondo comma dell'articolo 19, per gli appalti di lavori di valore superiore alla soglia comunitaria, con un riparto dei parametri del tipo 30+60+10 (30% all'offerta economica, 60% a quella tecnica e 10% ai tempi di realizzazione dell'appalto) già individuato dalla norma. Su questo punto, è evidente, che approfondimenti successivi dovranno indagare la conformità dei criteri di massima individuati dalla legge regionale alla disciplina sugli appalti pubblici posta dalle norme di rango comunitario, piuttosto che dalle norme nazionali. Il terzo comma della norma posta dalla Regione Siciliana sul corredo dei criteri di aggiudicazione eleggibili dalle stazioni appaltanti, indica invece una più generale "...facoltà di ricorrere al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso qualora tale scelta sia più conveniente per le medesime amministrazioni aggiudicatrici sotto il profilo della qualità dei lavori realizzati e del rapporto con il prezzo a base d'asta", con una previsione dalle maglie piuttosto ampie. Ed ancora, il criterio in parola rimane l'unico possibile per gli appalti di servizi di cui al Decreto legislativo n. 163/2006, Allegato II A, categoria 12, nei casi previsti dal Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207. Con il comma 5 della legge, sulla quale si può già prevedere un ampio dibattito, il legislatore regionale si attribuisce il compito, seppur in dichiarata applicazione della sentenza della Corte di Giustizia U.E. C. 147/06 e C. 148/06, per la quale hanno carattere transfrontaliero gli appalti di lavori, servizi o forniture di valore superiore alla soglia comunitaria, di includere in tale definizione "...gli appalti di lavori, servizi o forniture, finanziati, cofinanziati o realizzati con fondi comunque erogati dalla Regione o dalle amministrazioni aggiudicatrici aventi sede in Sicilia, anche se di valore inferiore alla soglia comunitaria, ove agli stessi siano ammesse, in percentuale pari o superiore al 5 per cento, imprese aventi sede in nazioni dell'Unione europea, diverse dall'Italia...". Ancora, per gli appalti di lavori, servizi o forniture che non abbiano carattere transfrontaliero, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, il legislatore regionale siciliano codifica la prassi dell'esclusione automatica delle offerte conferendo alla stazione appaltante la facoltà di prevedere, nel bando, che si applichi il criterio dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86 del Decreto legislativo n. 163/2006. In tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1, dello stesso Decreto legislativo n. 163/2006, non esercitabile nei casi in cui il numero delle offerte ammesse sia inferiore a 10. Infine, quale norma di chiusura dell'articolo 19, viene sancito il divieto di prevedere nell'offerta economica la rinuncia a qualsiasi previsione di utile, che la norma introduce nelle procedure di affidamento dei lavori pubblici. Con un temperamento posto dall'obiettivo di "garantire un adeguato livello qualitativo delle lavorazioni", la norma prescrive poi che, in sede di verifica delle offerte anomale, una percentuale di utile di impresa inferiore al 4% potrà essere ammessa a giustificazione - comunque rimessa alle valutazioni della stazione appaltante - soltanto se il concorrente attesti, "di non essere aggiudicatario per l'esecuzione di altri lavori, pubblici o privati, avendo quindi necessità di non rimanere inattivo".