

■ 6 L'anomalia delle offerte

di Benedetta Caruso

6.1 La normativa nazionale

In generale, sono considerate anomale quelle offerte che presentano un ribasso talmente eccessivo rispetto alla natura dei lavori, delle forniture o dei servizi da eseguire, da far dubitare dell'affidabilità delle stesse.

Sia il legislatore nazionale sia quello comunitario hanno preso in considerazione le diverse ipotesi di offerte anomale, con riferimento ai diversi appalti pubblici, di lavori, forniture e servizi.

In particolare, con riferimento agli appalti di lavori, la norma nazionale attualmente vigente, in tema di anomalia delle offerte è contenuta all'art. 21, comma 1bis, della legge n. 109/1994¹.

Tale norma ha previsto un **criterio aritmetico** per individuare la c.d. "soglia dell'anomalia".

Il criterio è identico:

- per gli appalti di lavori di importo inferiore a 5 milioni di Euro;
- per quelli di importo pari o superiore a 5 milioni di Euro.

I meccanismi di esclusione, in conseguenza della riscontrata anomalia dell'offerta, sono invece diversi nelle due ipotesi.

Nel primo caso, che opera nelle ipotesi di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'esclusione è automaticamente determinata dal **superamento della soglia di anomalia**.

Nel secondo caso, il legislatore ha rimesso all'amministrazione il potere discrezionale di **verificare effettivamente la congruità dell'offerta**, con la possibilità di escludere le offerte ritenute anomale (ciò può avvenire, solo a seguito di una verifica in contraddittorio con gli offerenti, in ottemperanza a quanto disposto dall'articolo 30 della direttiva 93/37 CEE).

¹ "Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera d'invito devono precisare le modalità delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte. Non sono richieste giustificazioni per quegli elementi i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incorgruità dell'offerta, il concorrente è chiamato ad integrare i documenti significativi ed all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque".

Quanto al criterio previsto dal legislatore per individuare la soglia dell'anomalia, l'amministrazione procedente deve svolgere le seguenti operazioni:

- a) esaminare l'elenco di tutte le offerte ammesse in ordine crescente dei rispettivi ribassi offerti;
- b) calcolare il numero delle offerte ammesse arrotondato all'unità superiore;
- c) escludere il 10% calcolato sul totale delle offerte di maggior ribasso ed un ulteriore 10% delle offerte di minor ribasso (c.d. "taglio delle ali");
- d) calcolare la media aritmetica dei ribassi delle offerte che restano dopo il taglio delle ali;
- e) individuare gli scarti aritmetici, frutto della differenza che intercorre tra ciascun ribasso percentuale che supera la media e la media stessa e calcolare la media degli scarti (c.d. scarto aritmetico medio);
- f) sommare il ribasso aritmetico medio allo scarto aritmetico medio, ottenendo così la soglia dell'anomalia.

Il meccanismo di esclusione sopra descritto si applica anche in Sicilia con riguardo agli appalti di valore pari o superiore al controvalore in euro di 5 milioni di DSP. Per quanto riguarda gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria il legislatore regionale ha introdotto un **diverso criterio di determinazione** della percentuale delle offerte da escludere automaticamente di cui parleremo al paragrafo sub 2 di questo capitolo.

6.1.1 Limiti e rilievi critici al sistema dell'esclusione automatica delle offerte

L'art. 21 citato limita l'applicazione dell'esclusione automatica non solo agli appalti sotto soglia, ma anche a quegli appalti sotto soglia in cui il numero delle offerte ammesse in gara sia superiore a cinque.

Questo perché se si vuole stabilire se un'offerta è da considerarsi fuori mercato, è necessario che il numero delle altre offerte, con cui essa viene confrontata, sia di una certa rilevanza.

Riguardo l'esclusione automatica negli appalti sotto soglia, si pone il problema di verificarne la compatibilità con i principi di diritto comunitario e costituzionali.

L'art. 30, paragrafo 4, della direttiva 93/37/CE, pone, infatti, il divieto per le amministrazioni aggiudicatrici di **rifiutare le offerte anormalmente basse**, senza osservare il procedimento obbligatorio di verifica della congruità delle stesse:

"...se per un determinato appalto, delle offerte appaiano anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite..."

Si registra, quindi, un evidente contrasto della disposizione nazionale di cui si discute con quella comunitaria sopra citata, superato in dottrina e giurisprudenza sulla base della considerazione che la direttiva comunitaria richiamata riguarda solo gli appalti sopra soglia comunitaria, non essendo, invece, vincolante per quelli sotto soglia (cfr. Cons. St., Sez. V, 4 marzo 1998, n. 226, e 15-7-1998, n. 1059, Tar Sardegna, 15 dicembre 1999, n. 1453).

È stata, invece, da più parti, sollevata la questione di **legittimità costituzionale** dell'esclusione automatica negli appalti sotto soglia, per assertedo contrasto con gli articoli 41, 97 e 3 Cost., per violazione del principio della libertà dell'iniziativa economica, non consentendo all'impresa di usufruire della sua migliore capacità e delle economie che ottiene da questa, per violazione del **principio di buona amministrazione**, privando senza motivo, l'amministrazione appaltante dell'opportunità di scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa, per lesione della par condicio tra gli imprenditori partecipanti a gare sopra soglia e imprenditori partecipanti a gare sotto soglia.

La Corte Costituzionale, ha ritenuto non fondate tali questioni di legittimità costituzionale *“rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta dei mezzi con cui garantire la serietà e congruità delle offerte nei pubblici appalti, e non essendo arbitraria l'opzione per la scelta automatica delle offerte anomale negli appalti di minore importo, né irragionevole il criterio di determinazione del ribasso ammissibile, basato sulla media di tutte le offerte ammesse...”* (Corte Costituzionale, sentenza 5-3-1998, n. 40).

6.1.2 La verifica in contraddittorio dell'offerta presunta anomala

Per gli appalti sopra soglia, si pone il problema della verifica in contraddittorio dell'offerta presunta anomala.

Ed infatti, una volta determinata la soglia dell'anomalia, in questi appalti, si procede alla **verifica delle giustificazioni**, presentate a corredo di tutte quelle offerte, i cui ribassi siano superiori o uguali alla soglia dell'anomalia. La norma di cui si discute, recepita anche in Sicilia, è chiara in questo senso:

“Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta” (art. 21 comma 1bis legge 109/1994).

Il legislatore ha previsto, quindi, che la stazione appaltante, senza richiedere al concorrente ulteriori precisazioni, proceda alla valutazione dell'anomalia dell'offerta mediante esame delle giustificazioni relative alle voci più significative indicate dal bando, corrispondenti almeno al 75% dell'importo a base d'asta, che devono corredate le offerte sin dalla loro presentazione.

In questo modo, a parere di molti, è stato **escluso un contraddittorio effettivo** in contrasto con la normativa comunitaria.

La questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che ha emanato una **decisione interpretativa**, chiarendo l'interpretazione da applicare al vigente art. 21, comma 1bis della legge n. 104/1994 (Corte di Giustizia Europea, sezione sesta, 27-11-2001, procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99).

Successivamente, sulla base della decisione citata, il Dipartimento per le Politiche Comunitarie, ha emanato una circolare con cui ha chiarito come la vigente normativa italiana sia incompatibile con il diritto comunitario:

“In conclusione, la pronuncia della Corte, nella parte in cui esige la verifica di un contraddittorio successivo e la possibilità di un ricorso al più ampio novero di

giustificazioni, impone di disapplicare la normativa interna nelle parti in cui la stessa si presenta in contrasto con il diritto comunitario e comporta l'applicazione diretta delle prescrizioni europee in conformità al principio della primazia e dell'efficacia diretta delle norme comunitarie" (circolare n. 3945/2002).

Al fine di dimostrare l'**affidabilità e serietà** dei vari elementi del prezzo proposti, l'offerente potrà presentare qualsiasi tipo di giustificazione, compatibilmente con la disposizione comunitaria che si limita a fornirne solo alcuni esempi.

Sul punto è intervenuta la legge n. 166 del 2002, la c.d. Merloni quater, che ha adeguato la normativa nazionale ai principi comunitari, espressi dalla ricordata sentenza del 27-11-2001 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Innanzitutto, ha abrogato il secondo periodo del comma 1bis, che stabiliva la **tassatività delle giustificazioni**, l'inammissibilità delle giustificazioni con valore predeterminato e il termine di sessanta giorni entro cui doveva svolgersi la verifica dell'anomalia. È stata mantenuta la previsione di cui al comma 1bis, secondo cui le offerte devono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni che concorrano a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base d'asta, ma la dottrina più recente, a tal proposito, precisa che in sede di **contraddittorio successivo** l'impresa potrà giustificare il 100% delle voci di prezzo.

Per quanto riguarda, invece, gli appalti di servizi e forniture vanno richiamati, in tema di offerte anormalmente basse, l'art. 19 D.Lgs. n. 358/1992, e l'art. 25 D.Lgs. 157/1995. Tali articoli, in modo identico per le forniture e i servizi, prevedono:

"qualora talune offerte presentino carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di escluderle, chiede per iscritto le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta ritenuti pertinenti e li verifica tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute".

La normativa individua, inoltre, un criterio matematico di individuazione delle offerte anomale, in base al quale sono considerate anomale e, quindi, assoggettate alla verifica, *"tutte le offerte che presentano una percentuale di ribasso che supera di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolate senza tenere conto delle offerte in aumento"* (comma 4 art. 19 e comma 3 art. 25).

La percentuale di ribasso prevista non costituisce, però, una soglia automatica di esclusione delle offerte. Ed infatti, l'esclusione automatica sarebbe in **contrasto con i principi di diritto comunitario**. Anche l'art. 55 della nuova direttiva 2004/18/CE si preoccupa di ribadire la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice valuti, in contraddittorio con l'offerente, la serietà dell'offerta tenendo conto dei chiarimenti da esso forniti.

Anche per gli appalti di forniture e di servizi, perciò, la procedura che conduce al giudizio di anomalia, consta di **due fasi**: la prima individua l'offerta anomala attraverso il **criterio matematico** descritto dalla norma, la seconda riguarda, invece, la **valutazione dell'anomalia**. Tale fase si attiva tramite una richiesta scritta da parte dell'amministrazione procedente di precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta ritenuti pertinenti e con la verifica delle giustificazioni così prodotte dall'impresa.

L'art. 25, comma 2, ritiene non siano ammissibili giustificazioni concernenti elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori risultano da atti ufficiali.

In materia di appalti di servizi, la Legge n. 327 del 7-11-2000 dispone:

“nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione, nei casi previsti dalla normativa vigente, dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizio e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come 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 (...). Sono considerate anormalmente basse, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 25 del D.Lgs. 157/1995, le offerte che si discostino in modo evidente dai parametri di cui ai commi 1, 2 e 3”.

La giurisprudenza ha precisato come la legge 327/2000 abbia escluso ogni automatismo nella valutazione dell'anomalia delle offerte in quanto ha disposto che siano considerate anormalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente da tali parametri.

Per questo motivo non assume di per sé carattere significativo il mero scostamento dalla tabella ministeriale.

La giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ritiene, quindi, legittimo che la commissione aggiudicatrice ammetta le imprese a presentare giustificazioni, ma sul punto, precisa come *“le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta non possano spingersi fino alla compressione di minimi inderogabili, quali, appunto, i minimi salariali, anche alla luce dei principi costituzionali, che impongono, ex art. 36 Cost., una retribuzione sufficiente ad assicurare al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa”* (Tar Catania, Sez. II, 16-6-2004, n. 1960, cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 10-6-2002, n. 3210, Consiglio di Stato, Sez. VI, 18-6-2002, n. 3336).

La direttiva 2004/18, sembrerebbe aver dato una soluzione normativa al problema, imponendo espressamente, con l'art. 55 lett. d), alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che l'offerta anormalmente bassa rispetti le disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione.

6.2 Le modifiche introdotte alle modalità di espressione delle offerte e alla procedura di esclusione automatica negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria

L'art. 1, comma 6, della legge 16/2005 ha modificato il comma 1 dell'art. 21 della legge 109/1994 come recepita in Sicilia, nella parte in cui, per quanto riguarda l'espressione dell'offerta di ribasso sull'importo complessivo a base d'asta, nelle gare d'appalto di lavori mediante il sistema del pubblico incanto, prevedeva che la cifra percentuale dovesse essere espressa con due cifre decimali.