

La disciplina delle offerte anomale dopo il decreto correttivo

D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56

di Alessandro Massari

“ Il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha introdotto notevoli modifiche alla disciplina delle offerte anomale che, come affermato dal Consiglio di Stato (parere Commissione Speciale n.782/2017), si presenta “cruciale per la corretta scelta dell’aggiudicatario”. ”

I criteri di calcolo della soglia di anomalia

Le modifiche introdotte dal decreto correttivo al codice dei contratti riguardano anzitutto i criteri di calcolo della soglia di anomalia di cui al comma 2, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso ⁽¹⁾.

Le disposizioni del correttivo rappresentano per molti aspetti un esempio di “legificazione” della soft-law dell’ANAC, con particolare riguardo alle interpreta-

zioni fornite con il noto Comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016.

A partire dall’indicazione relativa al numero minimo di offerte ammesse necessario per poter procedere al calcolo della soglia: il nuovo comma 3-bis prevede infatti che “**Il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque**”, recependo in toto l’interpretazione del Presidente dell’ANAC e riallineando la disciplina al previgente Codice de Lise (l’art. 86, comma 4, d.lgs. 163/2006, prevedeva infatti “Il comma 1 [recante l’unico criterio di calcolo previsto, n.d.a.] non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque”).

Dunque, in caso di **numero di offerte inferiore a cinque**, la stazione appaltante può procedere:

- 1) all’aggiudicazione senza la verifica in contraddittorio (laddove non emergano macroscopici elementi specifici di anomalia);
- 2) alla verifica in contraddittorio in applicazione del comma 6, terzo periodo, dell’art. 97, a tenore del quale “**La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa**”. In questo, il RUP (soggetto normalmente com-

(1) Si richiama l’art. 95, comma 4, lett. a) del Codice, modificato dal correttivo, per il quale: “4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) fermo restando quanto previsto dall’articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l’affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l’esclusione automatica, la stessa ha l’obbligo di ricorrere alle procedure di cui all’articolo 97, commi 2 e 8;

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;

c) per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all’articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”.

petente nella verifica delle offerte anomale, come indicato nel par. 5.3. delle linee guida ANAC n. 3/2016⁽²⁾, dovrà individuare gli elementi specifici per i quali l'offerta prima graduata appaia anormalmente bassa e **motivare** l'avvio del procedimento di verifica in contraddittorio a norma dei commi 4, 5, e 6 dell'art. 97 del Codice.

Si rammenta, tuttavia, che a norma del nuovo comma 10 dell'art. 95 del Codice *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*. Pertanto, anche a prescindere dall'individuazione dell'offerta come “sospetta di anomalia”, la stazione appaltante (fatte le eccezioni previste dalla norma) è sempre tenuta a verificare che i costi della manodopera indicati dall'operatore economico non siano inferiori “ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16”.

In presenza dunque di almeno cinque offerte si procede al calcolo della soglia di anomalia secondo i nuovi metodi modificati dal decreto correttivo.

La soglia di anomalia può peraltro determinare effetti radicalmente diversi, a seconda che:

- 1) si proceda, dopo l'individuazione delle offerte anomale, alla **verifica in contraddittorio** con le modalità di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 97: in tal caso la stazione appaltante procederà alla verifica a partire dalla prima in graduatoria il cui ribasso sia pari o superiore alla soglia, ed escluderà l'offerta solo in presenza dei presupposti di cui al comma 5 dello stesso art. 97. Non si configura dunque alcun automatismo nell'esclusione dell'offerta “sospetta” di anomalia;
- 2) si proceda invece all'**esclusione automatica** in presenza dei presupposti di cui al comma 8 dell'art. 97, e, precisamente:
 - a) per lavori di importo inferiore a 2 milioni di euro e per servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie;
 - b) criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;
 - c) espressa previsione nel bando o lettera di invito dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 dell'art. 97;
 - d) numero delle offerte ammesse pari o superiore a dieci.

Il decreto correttivo ha modificato tutti i cinque metodi di calcolo della soglia di anomalia di cui al comma 2 dell'art. 97, individuano nel “RUP” e nella “commissione giudicatrice” i soggetti che devono procedere al sorteggio, in sede di gara, di uno tra questi criteri. È di tutta evidenza l'errore nel quale è incorso il correttivo (che avrebbe dovuto eliminare gli errori del Codice anziché introdurre di nuovi), nel momento in cui ha richiamato la “commissione giudicatrice”, di regola non presente nelle aggiudicazioni al prezzo più basso: l'alternativa è allora tra il RUP e il seggio di gara (o commissione amministrativa). I cinque metodi sono stati così modificati:

(2) Le “Linee guida n. 3, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»” (approvate con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016), stabiliscono al punto 5.3 (“Valutazione delle offerte anormalmente basse”) che “Nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice”.

“a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del **venti 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”.

Rispetto alla previgente formulazione si è incrementata dal dieci al venti la percentuale di offerte da assoggettare al taglio delle ali ⁽³⁾.

(3) Deve segnalarsi la questione interpretativa sollevata dall'ordinanza del Cons. Stato, sez. III, 13.3.2017, n. 1151 con la quale sono stati rimessi all'Ad. plen. due quesiti relativi alle modalità di calcolo del taglio delle ali di cui all'art. 86, comma 1, d.lgs. 163/2006 e, ora all'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. 50/2016. Si è in particolare affermato che: "L'art. 97, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici – il dlgs. n. 50 del 2016 – proprio «al fine di non rendere predeterminabili da candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia», con una previsione innovativa (v., sul punto, anche il parere n. 855 del 1° aprile 2016 di questo Consiglio di Stato), ha stabilito che il metodo per determinare la soglia di anomalia – prescelto tra i cinque previsti dallo stesso comma 2 – sia scelto mediante il sorteggio in sede di gara e non preventivamente, così eliminando il rischio di un precedente accordo collusivo tra tutti gli operatori partecipanti alla gara circa l'entità di eventuali ribassi al fine di influenzare il calcolo della soglia allorché la gara venga aggiudicata con il criterio del prezzo più basso.

L'altro l'art. 97, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede e ripropone immutato, tra i cinque metodi sorteggiabili, anche quello qui in esame.

Al riguardo il presidente dell'ANAC, con comunicato del 5 ottobre 2016, ha precisato che, essendo stato abrogato l'art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010, l'accantonamento delle offerte aventi identico valore a quelle già accantonate nelle ali non è più previsto dal d. lgs. n. 50 del 2016, sicché tale regola non è più applicabile, nemmeno in via di prassi, dalle stazioni appaltanti, persino, così parrebbe, con riferimento all'ipotesi – del tutto pacifica in giurisprudenza anche prima dell'introduzione dello stesso d.P.R. n. 207 del 2010 – delle offerte "a cavallo" delle ali.

Ciò, secondo l'ANAC, in quanto "la scelta del legislatore si giustifica in base alla considerazione che l'accantonamento delle ali costituisce una mera operazione matematica, distinta, come tale dall'effettiva esclusione di concorrenti che superano la soglia di anomalia" e il non più previsto mancato accantonamento delle offerte identiche a quelle accantonate per il calcolo della soglia "non produce discriminazione tra gli operatori economici ammessi alla gara".

Considerazione, quest'ultima, che seppur corretta sul piano astratto – in quanto il taglio delle ali, come noto, serve solo per individuare la soglia di anomalia e non già per escludere in modo automatico le offerte comprese nelle ali, che sono meramente accantonate a fini di calcolo – rende, comunque, ancor più attuale il problema interpretativo non solo per le gare, come quella in esame, soggette al d. lgs. n. 163 del 2006 (e al relativo regolamento applicativo), ma anche con riferimento alle gare soggette all'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici, laddove venga sorteggiato il metodo di cui all'art. 97, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016.

Ritiene questo Collegio, alla luce di quanto si è detto, che ipotizzare o introdurre meccanismi correttivi, come quello dell'accorpamento delle offerte aventi identico valore

all'interno dell'ala, se da un lato può rispondere ad una condivisibile finalità di evitare aggiramenti della legge, dall'altro potrebbe alterare il meccanismo oggettivo, aritmetico, prefigurato dalla legge stessa, creando ulteriore incertezza e turbamento della concorrenza.

Anche questa considerazione, sul piano teleologico, deve essere tenuta presente dall'interprete prima di adottare una soluzione che, a stretto rigore, non sembra trovare un esplicito o, almeno, univoco fondamento né nella previsione applicabile *ratione temporis* dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 né in quella dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, che, come detto, non definisce in modo chiaro, ma presuppone, le "offerte da accantonare" nella misura del 10%.

Ritiene quindi il Collegio che, sussistendo tale dubbio interpretativo in ordine all'applicazione di tali disposizioni al caso di specie (con inevitabile proiezione di tale dubbio, in assenza di previsione regolamentare, anche sulla futura applicazione della analoga disposizione di cui all'art. 97, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016), occorra rimettere la questione all'Adunanza plenaria di questo Consiglio, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ponendo i seguenti quesiti:

a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;

b) se la disposizione regolamentare dell'art. 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «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», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo)".

In attesa della decisione della Plenaria si ritiene preferibile seguire, ma mediante espressa indicazione della lex specialis, l'interpretazione fornita col Comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016, che costituisce al momento l'indicazione promanante dall'Autorità, per la deve essere sempre applicato il criterio assoluto: le offerte aventi un eguale valore di ribasso devono essere considerate distintamente nei loro singoli valori (sia per il taglio delle ali, sia per il calcolo delle due medie).

*b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del **venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore**, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra”.*

Rispetto alla originaria formulazione del criterio (privo del meccanismo del taglio delle ali) è stata “legificata” l’interpretazione addittiva del presidente dell’ANAC nel comunicato del 5 ottobre 2016, per la quale: *“In primo luogo così come formulata, la disposizione in esame appare priva dell’indicazione della grandezza rispetto alla quale va calcolato il menzionato 10% [ora 20%, n.d.a.]. Tenendo conto della formulazione degli altri metodi di calcolo e, in particolare, di quelli descritti alle lettere a) ed e), entrambi recanti la dizione «con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso» si ritiene che la lacuna in parola possa essere colmata mediante procedimento analogico, facendo riferimento a quanto disposto nelle lettere a) ed e). In altri termini la norma dovrebbe essere letta come di seguito indicato: «media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all’unità superiore, con esclusione del dieci per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso»”* (4).

(4) L’indicazione “integrativa” al metodo della lett. b) contenuta nel Comunicato del 5 ottobre 2016 era stata peraltro confermata da due recenti pronunce del giudice amministrativo piemontese e siciliano di identico segno. Secondo la sentenza del TAR Piemonte, sez. II 8.3.2017, n. 327, *“La disposizione, poco lineare, ha dato luogo a numerosi dubbi interpretativi. Un problema interpretativo si è posto con riferimento alla prima operazione di media matematica da compiere, ossia quella che la norma definisce “media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento”. La proposizione evoca il cosiddetto e preesistente meccanismo del taglio delle ali, senza tuttavia esattamente descriverlo; letteralmente infatti pare che si dovrebbe procedere dapprima al calcolo di una media aritmetica di tutte le offerte ammesse, salvo poi escludere un “dieci per cento”, non è dato capire di cosa (offerte peggiori, estreme ecc.). In siffatta incertezza interpretativa i primi commentatori hanno*

Si rammenta che solo la “media aritmetica dei ribassi percentuali” va preceduta dal taglio delle ali, mentre la “somma dei ribassi” non subisce tale trattamento.

*c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del **quindici per cento**.*

La modifica riguarda solo la diminuzione della percentuale di incremento della media aritmetica dal venti al quindici per cento.

*d) media aritmetica dei **ribassi percentuali** di tutte le offerte ammesse incrementata del **dieci per cento**.*

La novella va qui a sostituire i ribassi “in termini assoluti” con quelli “percentuali”, e la decurtazione della media del venti per cento con l’incremento del dieci per cento della medesima.

*e) 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, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all’atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9**.*

rilevato come la lett. b) si inserisca in un catalogo di ipotesi in cui anche altri casi (lett. a) e lett. e) rievocano, con maggior precisione, il meccanismo del taglio delle ali. Si legge infatti nell’incipit della lett. a) che deve procedersi al calcolo della “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”; identico è l’incipit della lett. e). Trattasi in tal caso della compiuta descrizione del cosiddetto meccanismo del taglio delle ali, come già noto alla normativa ed alla prassi. In siffatto contesto i primi interpreti hanno ritenuto che, salvo il non coordinamento lessicale, anche la lett. b) intendesse evocare il medesimo meccanismo del taglio delle ali; in tal senso si è espressa l’ANAC nel comunicato del 5.10.2016 ed a siffatta interpretazione si è conformata la stazione appaltante, senza che, per questo profilo, vi siano contestazioni delle parti. Anche il correttivo al codice in corso di approvazione propone di omogeneizzare la prima parte della lett. b) dell’art. 97 comma 2 con le ipotesi di cui alle lett. a) ed e)”. Nello stesso senso, e con le medesime argomentazioni, si è espresso anche il TAR Sicilia, Palermo, sez. III 10.3.2017, n. 707.

La modifica riguarda sia il numero dei coefficienti che devono essere sorteggiati, da cinque a quattro, sia il valore degli stessi. Il correttivo incorre nuovamente nell'errore del richiamo della "commissione giudicatrice" per il sorteggio del coefficiente correttivo.

Il correttivo non ha previsto specifiche disposizioni sull'arrotondamento della soglia di anomalia. Sotto tale profilo rimane valida l'indicazione del Comunicato del 5 ottobre 2016, per il quale "è opportuno prevedere, sempre nella documentazione di gara, che i calcoli per determinare la soglia di anomalia siano svolti fino a una determinata cifra decimale (per esempio terza o quarta) da arrotondarsi all'unità superiore se la successiva cifra è pari o superiore a cinque".

In giurisprudenza si è affermato che "In assenza di specifiche previsioni nel bando di gara, la stazione appaltante non può assoggettare ad arrotondamenti il valore economico delle offerte. Deve, invero, ribadirsi il divieto per l'Amministrazione di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento, che non abbiano avuto esplicitazione nella *lex specialis* del concorso, risultando altrimenti violata la *par condicio* dei concorrenti e l'affidamento da essi posto nelle regole di gara per modulare l'offerta economica" (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1299; in termini anche ANAC parere n. 117 del 24 giugno 2015 e TAR Sicilia, sez. I, 15 gennaio 2016, n. 150).

Il bando o la lettera di invito dovranno dunque fissare esplicitamente il numero di decimali da prendere in considerazione ai fini del calcolo della soglia di anomalia.

La verifica in contraddittorio delle offerte anomale

L'art. 97, comma 2, stabilisce che quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è **valutata** sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia determinata in applicazione dei metodi sopra illustrati. È sempre fatta salva, come già detto, ai sensi del comma 6, ultimo periodo, la facoltà della stazione appaltante

di "valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa" e dunque anche quelle che non sono individuate come formalmente sospette di anomalia (ad esempio, una volta esclusa la prima in graduatoria, perché sostanzialmente anomala dopo la verifica in contraddittorio, qualora la seconda graduata non ricadesse nella soglia di anomalia potrebbe comunque essere sottoposta a verifica, sulla

base di una motivazione idonea ad evidenziare elementi specifici sintomatici di anomalia).

A norma del comma 1, come già riferito, gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, **spiegazioni** sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

Il comma 4 dell'art. 97 prevede poi che tali spiegazioni possono, in particolare, riferirsi a:

- a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;
- b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

Non si tratta di un *numerus clausus* di tipologie di giustificazioni ma solo una possibile esemplificazione ("tali spiegazioni **possono**, in particolare, riferirsi a"). Il procedimento di verifica di cui al comma 5 dell'art. 97 è stato semplificato rispetto alla previgente disciplina di cui all'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, prevedendosi solo che "La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni". Non si tratta peraltro di un subprocedimento sottoposto a termini perentori o caratterizzato dalla preclusione della richiesta di ulteriori chiarimenti.

Come ben evidenziato in recente sentenza del TAR Marche "L'art. 97 del nuovo Codice dei contratti, delineando un procedimento semplificato rispetto a quello ex art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, non contempla più al-

“ Il correttivo incorre nuovamente nell'errore del richiamo della "commissione giudicatrice" per il sorteggio del coefficiente correttivo

”

cune fasi obbligatorie, come la richiesta di precisazioni scritte (nel caso in cui le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti) e l'audizione diretta dell'offerente (qualora anche le precisazioni non abbiano chiarito dubbi e perplessità rilevati dalla stazione appaltante). Il nuovo Codice, stante la sua diretta derivazione dalle norme comunitarie, deve essere interpretato in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l'art. 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui "L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente", quindi garantendo il pieno contraddittorio anche, all'occorrenza (se necessario), mediante più passaggi procedurali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte; tutto questo anche per le procedure sotto soglia qualora non sussista una disciplina specifica (come, ad es., quella di cui al comma 8 dello stesso art. 97) o emerga l'inequivocabile contrasto con i principi di cui all'art. 30, comma 1, richiamati dall'art. 36, comma 1, del Codice. Del resto è ormai principio generale del procedimento amministrativo, codificato nell'art. 10-bis della Legge n. 241/1990, che questo non può concludersi con un provvedimento negativo giunto a sorpresa (salve le ipotesi di attività vincolata o se il dispositivo non potrebbe comunque essere diverso), ma deve sempre essere preceduto da un contraddittorio di merito sui motivi che l'Amministrazione reputa ostativi all'attribuzione del bene della vita. I principi del soccorso istruttorio muovono, obiettivamente, dalla stessa esigenza garantista".

L'offerta sospetta di anomalia può essere **esclusa** a seguito di contraddittorio se:

- 1) la prova fornita **non giustifica** sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4;
- 2) se ha **accertato** che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:
 - a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 (a tenore del quale "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X");
 - b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105 (in materia di subappalto);

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16.

Non sono ammesse giustificazioni in relazione:

- a) a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge;
- b) agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

La stazione appaltante qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un'offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea (art. 97, comma 7).

Infine, il procedimento sopra descritto trova applicazione anche nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, con la differenza che sono sottoposte a verifica, a norma del comma 3 dell'art. 97, le offerte "che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara"⁽⁵⁾.

L'esclusione automatica delle offerte anomale

Il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, che attribuisce un effetto escludente alla soglia di anomalia calcolata sulla base dei criteri di cui al comma 2, configurando un peculiare criterio di aggiu-

(5) L'iniziale previsione dello schema del correttivo che innalzava dai quattro quinti ai nove decimi la soglia per l'individuazione delle offerte anomale non è stata confermata nel testo finale: il Consiglio di Stato (nel parere n.782/2017) aveva infatti criticato tale scelta ritenendo la modifica "...non opportuna perché, innalzando la soglia, si rischia che non vengano sottoposte a valutazione di congruità offerte sospette per la loro particolare convenienza".

dicazione (all'offerta avente un ribasso immediatamente inferiore a tale soglia) consente di evitare la verifica in contraddittorio, semplificando ed accelerando la procedura di aggiudicazione.

“8. Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”.

Come noto, si tratta di una modalità utilizzata soprattutto nell'ambito dei lavori pubblici. Il decreto correttivo ha previsto all'art. 95, comma 4, la possibilità di ricorrere al criterio del prezzo più basso per gli appalti di lavori di importo “pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8”⁽⁶⁾.

Il Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017 ha osservato: “la Corte di giustizia dell'Unione europea ha rilevato la contrarietà all'ordinamento comunitario della regio-

(6) Devono ritenersi escluse da tale disposizione le procedure negoziate di cui all'art. 36, comma 2, lettere a), b) e c), per le quali sussiste la discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione e nella previsione o meno dell'esclusione automatica delle offerte anomale (infatti, il richiamo all'art. 95, comma 4, lett. a) è operato dall'art. 36, comma 2, lett. d) solo per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro, ove sussiste l'obbligo di ricorrere alle procedure ordinarie. Negare la possibilità di utilizzare il criterio del prezzo più basso per le procedure negoziate per lavori di importo inferiore a 1 milione di euro comporterebbe una irrimediabile collisione col criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1 lett. g) legge delega n.11/2016: “g) previsione di una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara”.

la che impone all'amministrazione, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse facendo applicazione di un criterio matematico come quello basato sul c.d. taglio delle ali. La Corte ha ritenuto di poter giungere a tale conclusione in applicazione delle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nonché del principio generale di non discriminazione (CGCE, IV, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06). Giova rilevare che il giudice comunitario, nell'affermare il principio in questione, non ha escluso deroghe per l'ipotesi di appalti che non «presentano un interesse transfrontaliero certo» (perché non in grado di richiamare operatori di altri Stati membri) e che vedono coinvolte un «numero eccessivamente elevato di offerte» poiché in tale ultimo caso l'amministrazione potrebbe essere obbligata «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» (CGCE, IV, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06). In altri termini, nel pensiero della Corte europea occorre tendenzialmente evitare l'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia e procedere, prima dell'esclusione, alla verifica in contraddittorio con l'impresa offerente. Pur non stabilendo regole rigide, come già detto, la Corte ha tuttavia ritenuto di poter introdurre margini di flessibilità nelle procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria che, oltre a non presentare un interesse transfrontaliero, vedono la partecipazione di un numero elevato di imprese. La soluzione data dalla Corte si apprezza sia per l'applicazione generalizzata alle procedure c.d. sotto-soglia delle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nonché del principio generale di non discriminazione sia per il pragmatismo che la contraddistingue. Ed invero la possibilità di prevedere l'esclusione automatica in appalti sotto-soglia di importo poco rilevante che hanno registrato l'ammissione di un numero elevato di offerte attua in modo efficace i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza oltre che quello di proporzionalità, principi questi richiamati all'art. 30, codice.

Coerentemente alle indicazioni che in materia ha dato la Corte di giustizia, si ritiene che:

a) l'esclusione automatica – da considerare comunque

un'eccezione rispetto alla regola che impone la verifica in contraddittorio della congruità delle offerte sospette – non può essere prevista come un obbligo ... ma deve restare una facoltà, lasciata alla stazione appaltante, con previsione nel bando, secondo quanto attualmente dispone l'art. 97, comma 8;

b) va espressamente affermato che presupposto per procedere all'esclusione automatica è il carattere non transfrontaliero dell'appalto.

Pertanto non si condividono le proposte modifiche all'art. 97, comma 8, che va solo corretto nella parte in cui non esplicita che la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile per appalti che presentano carattere transfrontaliero.

Valuti infine il Governo se specificare meglio quando l'appalto ha carattere transfrontaliero. Al riguardo il Consiglio propone di definire transfrontalieri – sulla scia di quanto previsto dall'art. 19, comma 5, l.r. Sicilia 12 luglio 2011 n. 12 – gli appalti di lavori, servizi o forniture, finanziati, cofinanziati o realizzati con fondi comunque erogati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, anche se di valore inferiore alla soglia comunitaria, ove agli stessi siano ammessi, in percentuale pari o superiore al 5 per cento, operatori economici aventi sede in nazioni dell'Unione europea, diverse dall'Italia...".

Nel testo finale del correttivo non si è recepita l'indicazione del Consiglio di Stato circa l'introduzione della verifica dell'assenza dell'interesse transfrontaliero dell'appalto (che sarebbe peraltro risultata di non agevole applicazione in assenza di parametri univoci e ben definiti).

Riepilogando quindi il quadro normativo della disciplina delle offerte anomale in presenza del criterio del prezzo più basso e in funzione del numero di offerte presentate:

Numero di offerte ammesse da 1 a 4:

- non si procede al calcolo della soglia di anomalia secondo i metodi matematici dell'art. 97, comma 2 ed è possibile **aggiudicare all'offerta che ha presentato il prezzo più basso**;
- è fatta salva la **verifica di congruità "in autotutela"** come prevista dal comma 6, ultimo periodo, dell'art. 97, sulla base della motivata sussistenza di "elementi specifici" che fanno ritenere l'offerta anormalmente bassa;

[non si può ovviamente procedere all'esclusione automatica difettando il numero minimo di dieci offerte ammesse].

Numero di offerte ammesse da 5 a 9:

- si procede al calcolo della soglia secondo i metodi matematici dell'art. 97, comma 2, e si avvia la **verifica in contraddittorio**;

[non si può ovviamente procedere all'esclusione automatica difettando il numero minimo di dieci offerte ammesse; se prevista inizialmente l'esclusione automatica, non potendo la medesima trovare

applicazione, si procederà all'aggiudicazione al ribasso più elevato, salva la verifica di congruità "in autotutela" come prevista dal comma 6, ultimo periodo, dell'art. 97].

Numero di offerte ammesse da 10 in poi:

- si procede al calcolo della soglia secondo i metodi matematici dell'art. 97, comma 2, e si avvia la **verifica in contraddittorio**;
- se prevista inizialmente nella *lex specialis* l'**esclusione automatica** di cui all'art. 97, comma 8, si aggiudica all'offerta il cui ribasso è appena inferiore alla soglia di anomalia calcolata con i metodi matematici dell'art. 97, comma 2.

“ Nel testo finale del correttivo non si è recepita l'indicazione del Consiglio di Stato circa l'introduzione della verifica dell'assenza dell'interesse transfrontaliero dell'appalto ”