Determinazione n. 6 dell'8 Luglio 2009

Il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse con particolare riferimento al criterio del prezzo più basso

Premessa

Sono pervenuti all'Autorità da parte di stazioni appaltanti ed operatori economici alcuni quesiti circa l'interpretazione dell'articolo 88, comma 7 del D. lgs. 163/2006 (d'ora innanzi "Codice").

L'articolo 88, comma 7 del Codice, come modificato dal terzo decreto correttivo, prevede che "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. 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 dichiara l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala".

Le problematiche evidenziate nei quesiti assumono particolare rilevanza a seguito dell'approvazione del terzo decreto correttivo che, com'è noto, ha limitato la possibilità di utilizzo dell'esclusione automatica dalle gare indette al prezzo più basso agli appalti di lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro ed agli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 100.000 euro.

In particolare, è stato chiesto all' Autorità se sia ammissibile, a seguito delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo all'articolo 88, conuna 7, del Codice, non svolgere i sub procedimenti di verifica delle offerte uno alla volta, ma anche contemporaneamente, fermo restando che la fase conclusiva dell'accertamento della congruità delle offerte, deve avvenire progressivamente a partire dall'offerta di maggior ribasso fino all'offerta ritenuta non anomala. Con il d. lgs. n. 152/2008 si è disposto, infatti, che solo all'esito del procedimento di verifica progressiva delle offerte anomale la stazione appaltante dichiari le eventuali esclusioni e pronunci 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.

Sono pervenuti, inoltre, da parte di stazioni appaltanti ed operatori economici richieste di pareri (ad esempio, nel 2009, parere n. 3; nel 2008, pareri nn. 22, 73, 104, 122, 131, 133, 143, 163, 169, 176; nel 2007, pareri n. 34, 35, 45, 70, 163 e deliberazioni n. 79, 132, 144, 156, 172, 189, 246) ed ulteriori quesiti che evidenziano questioni ricorrenti sia su aspetti procedurali che sostanziali ed alcune difformità di comportamenti tra diverse stazioni appaltanti nell'applicazione del procedimento di esclusione delle offerte anomale.

Stante la rilevanza di tale procedimento per una corretta ed efficace gestione delle gare d'appalto, l'Autorità ha deliberato di fornire indicazioni di carattere generale riguardo ad aspetti procedurali e sostanziali concernenti il procedimento di verifica dell'anomalia nei contratti pubblici con riferimento al criterio del prezzo più basso; per le procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, nel caso dovessero evidenziarsi ulteriori specifiche problematiche, l'Autorità esaminerà la possibilità di fornire eventuali indicazioni operative.

Considerato in diritto

La finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse espongano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme con la conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'amministrazione deve infatti aggiudicare

l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile d'impresa affinché la stessa possa rimanere sul mercato. Occorre quindi contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standard adeguati ed al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali.

La normativa prevede che la verifica dell'anomalia delle offerte (esame degli elementi costitutivi dell'offerta, se del caso mediante una commissione di esperti, tenendo conto delle giustificazioni fornite) è costituita da un procedimento suddiviso in tanti sub-procedimenti che sono tanti quante sono le offerte da verificare. I sub-procedimenti si devono svolgere in contraddittorio con gli offerenti (in recepimento dell'articolo 55 della direttiva 18/2004/CE) e sono piuttosto complessi in quanto prevedono vari momenti scanditi da una tempistica predeterminata dal Codice (articoli 86, 87, 88).

Ai sensi di quanto disposto dagli articoli 86, 87 e 88 del Codice, la procedura di verifica si articola nelle seguenti fasi:

a) determinazione della cosiddetta "soglia di anomalia";

b) esame delle giustificazioni già presentate dagli offerenti in sede di offerta;

c) fase del contraddittorio scritto che prende l'avvio con la eventuale richiesta scritta all'offerente di ulteriori giustificazioni; all'offerente va assegnato un termine non inferiore a dieci giorni;

d) eventuale richiesta all'offerente di ulteriori chiarimenti sempre per iscritto, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi;

e) fase del contraddittorio orale, che si svolge previa convocazione dell'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi, nel corso della quale la stazione appaltante invita l'offerente ad indicare ogni elemento che ritenga utile; qualora l'offerente non si presenti alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

A Determinazione della soglia di anomalia

La "soglia di anomalia" è determinata nel seguente modo (cfr. determinazione dell'Autorità n. 4/1999):

a) si forma l'elenco delle offerte ammesse disponendole in ordine crescente dei ribassi; le offerte contenenti ribassi uguali vanno singolarmente inserite nell'elenco collocandole senza l'osservanza di alcuno specifico ordine;

b) si calcola il dieci per cento del numero delle offerte ammesse e lo si arrotonda all'unità superiore;

c) si accantona in via provvisoria un numero di offerte, pari al numero di cui alla lettera b), di minor ribasso nonché un pari numero di offerte di maggior ribasso (cosiddetto taglio delle ali);

d) si calcola la media aritmetica dei ribassi delle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c);

e) si calcola -sempre con riguardo alle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c) - lo scarto dei ribassi superiori alla media di cui alla lettera d) e, cioè, la differenza fra tali ribassi e la suddetta media;

f) si calcola la media aritmetica degli scarti e cioè la media delle differenze; qualora il numero dei ribassi superiori alla media di cui alla lettera d) sia pari ad uno la media degli scarti si ottiene dividendo l'unico scarto per il numero uno;

g) si somma la media di cui alla lettera d) con la media di cui alla lettera f); tale somma costituisce

la "soglia di anomalia".

Lo stesso risultato può essere conseguito sostituendo alle operazioni di cui alle lettere e), f) e g) la seguente unica operazione: si calcola - sempre con riguardo alle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c) - la media aritmetica dei ribassi superiori alla media di cui alla lettera d); tale media aritmetica costituisce direttamente la soglia di anomalia.

Si precisa che il calcolo della soglia di anomalia non si applica qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque (cfr. articolo 86, comma 4, del Codice).
Al fine di evitare dubbi sul piano operativo in sede dello sviluppo dei calcoli, si suggerisce di precisare in uno dei documenti di gara (bando, norme integrative del bando, disciplinare, lettera di invito) che:

- i calcoli per determinare la "soglia di anomalia" sono svolti fino ad una determinata cifra decimale (per esempio terza o quarta) da arrotondarsi all'unità superiore se la successiva cifra è pari o superiore a cinque (cfr. delibera dell'Autorità n. 79/2007);
- per gli appalti di lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro e per gli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 100.000 euro - qualora sia prevista la esclusione automatica delle offerte che contengano un ribasso percentuale pari o superiore alla cosiddetta "soglia di anomalia" ed in sede di verifica del possesso dei requisiti speciali ex art. 48 del Codice sia il primo e sia il secondo in graduatoria non risultino in possesso degli stessi - si procede al ricalcolo della "soglia di anomalia" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV - sentenza 17 settembre 2007 n. 4840);
- non si procede all'esclusione automatica, ancorché sia previsto nel bando, qualora il numero delle offerte ammesse e quindi ritenute valide sia inferiore a dieci (cfr. art. 124, comma 8 e art. 122, comma 9 del Codice); in tal caso non si procede al calcolo della soglia di anomalia ma resta impregiudicata comunque la facoltà di procedere alla verifica della congruità ai sensi dell'art. 86, comma 3 del Codice.

Qualora nel bando di gara sia stata prevista l'offerta di un prezzo complessivo della prestazione (comunque inferiore a quello posto a base di gara) e non un'offerta di ribasso sul prezzo posto a base di gara, ai fini della determinazione della "soglia di anomalia" è necessario trasformare le offerte dei prezzi in ribassi percentuali rispetto al prezzo a base di gara; nel caso in cui non si proceda a tale trasformazione, occorre tenere conto che la graduatoria dei ribassi crescenti si trasforma in graduatoria dei prezzi decrescenti. Di qui l'opportunità di indire le gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso (cfr. articolo 81, comma 1, del Codice) sulla base di offerte dei ribassi percentuali sul prezzo a base di gara o sull'elenco prezzi posto a base di gara o, comunque, richiedere che il prezzo offerto sia trasformato in ribasso offerto dallo stesso concorrente come dispongono, nel caso dell'offerta a prezzi unitari, i due ultimi periodi del comma 2, dell'articolo 90 del DPR n. 554/99.

B Adempimenti successivi alla determinazione della "soglia di anomalia"

Determinata la "soglia di anomalia" è previsto il seguente procedimento.

a) nel caso degli appalti di lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro e di servizi e forniture inferiori a 100.000 euro - qualora il bando preveda la esclusione automatica delle offerte che contengano un ribasso percentuale pari o superiore alla cosiddetta "soglia di anomalia" e qualora vi siano almeno dieci offerte ammesse 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"; 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;

b) nel caso degli appalti di importo pari o superiore ad 1.000.000 di euro per i lavori pubblici ed a 100.000 euro per servizi e forniture 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 cui al punto **A**, lettera c) della presente determinazione, 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; la valutazione termina 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.

Il comma 3 dell'articolo 86 del Codice dispone, però, espressamente - 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". La giurisprudenza ha stabilito che, 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 (cfr. CdS Sez. VI 21/5/2009 n. 3143). 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).

C Procedimento di verifica della "congruità dell'offerta"

Preliminarmente, occorre rammentare che la giurisprudenza ha stabilito che la valutazione della congruità o non congruità delle offerte debba essere effettuata attraverso un'analisi globale e sintetica delle singole componenti di 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 (cfr. CGA n. 520/01, CdS. n. 882/02, CdS sez. V 28/1/2009 n. 466, CdS sez., VI, 8 marzo 2004, n. 1072; CdS, sez. V, n.814/99 e n. 882/02, TAR Catania, sez. III, 5/09/2007 n. 1393; TAR. Lombardia Milano sez. III 23/2/2009 n. 1356).

Sulla base della normativa e della giurisprudenza, si ricava, quindi, che 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.

La giurisprudenza ha, inoltre, da tempo affermato che 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 (cfr. TAR Lazio, Sez. II-*ter*, 9 luglio 2008, n.6478).

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.

Come evidenziato in premessa 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 dichiari le eventuali esclusioni e pronunci 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 steso 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.

L'Autorità è già 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 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.

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 avvii 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.

Il procedimento così impostato comporta una notevole 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. Naturalmente, ad ogni concorrente deve essere garantito il rispetto delle fasi e della tempistica prevista dall'articolo 88 del Codice fino alla convocazione finale propedeutica all'esclusione.

D Verifica sostanziale della "congruità dell'offerta"

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

a) la 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.

Nel caso l'appalto riguardi un lavoro pubblico, si ritiene che la verifica di congruità sia più trasparente e più tecnicamente fattibile se la gara è indetta sulla base dell'offerta a prezzi unitari, in quanto solo in questo modo si conoscono, senza incertezze, le quantità delle singole lavorazioni. Nel caso dell'offerta a prezzi unitari il prezzo globale offerto, infatti, si ottiene moltiplicando i prezzi unitari offerti per la lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori di cui all'articolo 90, comma l, del DPR n. 554/1999. In tale lista sono riportate le quantità delle singole lavorazioni del progetto posto a base di gara, oppure, ai sensi del detto articolo 90, comma 5, secondo periodo, le quantità ritenute giuste dai concorrenti, oppure, nel caso in cui la gara sia indetta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, pertanto, consenta la

presentazione di proposte di variazioni o modifiche progettuali, le quantità come risultano modificate dal concorrente in base alle variazioni proposte al progetto.

Ma anche nel caso di appalto di servizi i documenti a base di gara devono consentire una esatta conoscenza delle quantità delle singole prestazioni e quindi devono fornire ai concorrenti le più ampie e complete informazioni sulla commessa in modo da consentire agli stessi di formulare l'offerta nel modo più consapevole possibile. La verifica del rispetto dei livelli salariali e contributivi minimi inderogabili, così come la verifica del fondamento delle giustificazioni circa gli scostamenti dal costo del lavoro "medio" rilevato dalle fonti ufficiali, non possono essere disgiunte 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 (cfr. deliberazione dell'Autorità n. 156/2007, parere dell'Autorità n. 35/2007).

Al fine di verificare se l'offerta è congrua (ribasso percentuale sul prezzo a base di gara, prezzo complessivo offerto, offerta economicamente più vantaggiosa), l'articolo 87, comma 2, del Codice (confermando una disciplina introdotta nell'ordinamento già dal 1973) ha stabilito che le giustificazioni presentate dalle imprese, e da esaminare nella fase di verifica, possono riguardare, a titolo esemplificativo:

1. l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
2. le soluzioni tecniche adottate;
3. le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, per prestare i servizi;
4. l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;
5. l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;
6. il 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 rnerceologici 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.

Il Codice ha confermato quanto rilevato dalla giurisprudenza: si tratta di una elencazione non tassativa, ma meramente esemplificativa e non limitativa della scelta della stazione appaltante di poter estendere la richiesta di chiarimenti ad altri elementi costitutivi dell'offerta (cfr. parere dell'Autorità n. 163/2007).

Sotto il profilo sostanziale va tenuto conto che le valutazioni compiute dall'amministrazione appaltante in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte costituiscono espressione di un potere tecnico - discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale, nel caso in cui siano manifestamente illogiche, irrazionali o fondate su insufficiente motivazione o palesi errori di fatto (tra le tante, CdS, Sez. V, 12/6/2009 n. 3769; Sez. IV, 20/05/08, n. 2348; Sez. IV, 12/06/07, n. 3097; Sez. VI, 25/09/07, n. 4933; Sez. VI 07/09/06, n. 5191).

Sempre sotto il profilo sostanziale, ai fini di consentire la valutazione della congruità delle offerte, l'articolo 86, comma 5, del Codice, innovando rispetto alla disciplina precedente, dispone che i documenti di gara (bando, norme integrative del bando, disciplinare di gara, lettera di invito) devono indicare le modalità di presentazione delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Non vi è dubbio che con il termine modalità il Codice intenda non solo la forma di presentazione dei documenti di

giustificazione (originali, copie fotostatiche) ma anche quali documenti debbano essere presentati.

Le giustificazioni richieste dall'articolo 86, comma 5, del Codice, quale corredo documentale dell'offerta, secondo costante giurisprudenza amministrativa, non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata presentazione delle stesse (solo in via eventuale) nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta risulti sospetta.

Tuttavia - ove, ai sensi dell'articolo 86, comma 5, del Codice, nel bando di gara sia esplicitato e chiarito l'obbligo, a pena di esclusione, di corredare le offerte sin dalla loro presentazione delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, del Codice - non si può ammettere la possibilità per la commissione di gara di richiedere giustificazioni ad un concorrente che non aveva corredato l'offerta delle giustificazioni di cui alla *lex specialis* di gara; in tal caso si verrebbe, infatti, a consentire una integrazione documentale postuma, che realizzerebbe un'indebita alterazione della par condicio tra i concorrenti (cfr. pareri dell' Autorità n. 3/2009, n. 73/2008).

Qualora l'amministrazione intenda prevedere questo obbligo, si suggerisce - al fine di non avere dubbi nella fase di verifica della congruità - di indicare con precisione quali siano i documenti la cui mancata presentazione è causa di esclusione, lasciando al concorrente la libertà di integrare o non integrare tale elenco. Può, per esempio essere previsto come obbligo la presentazione delle analisi dei prezzi unitari offerti, ma non la documentazione relativa alle singole voci di tali analisi (listini dei materiali, pubblici o non pubblici; cataloghi originali delle ditte produttrici dei materiali, componenti e apparecchiature; offerte prezzi delle ditte fornitrici dei materiali, componenti e apparecchiature; i contratti preliminari stipulati con le ditte fornitrice dei materiali e apparecchiature; contratti preliminari per i noli a caldo o a freddo e per i trasporti; registri dei beni ammortizzabili; documentazione amministrativa inerente le scorte di magazzino). Sarebbe opportuno inoltre, ai fini di poter effettuare la verifica di congruità della offerte sulla base di una omogenea documentazione di analisi dei prezzi, prevedere nel bando il modello su cui redigere le analisi. Tale modello, sia per appalti di lavori, sia per appalti di servizi e forniture, può essere predisposto sulla base delle disposizioni di cui all'articolo 34, comma 2, del DPR n. 554/1999, stabilendo, inoltre, quale sia il minimo delle percentuali delle spese generali e dell'utile da prevedere nelle analisi.

Peraltro occorre valutare che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze 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.

Non esiste, quindi, una tipizzazione normativa "chiusa" degli elementi di possibile giustificazione, valendo semmai un limite logico-sistematico desumibile dalla formula dell'articolo 87 comma l, del D. lgs. 163/2006 per cui "Quando un 'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all 'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell 'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell 'offerta medesima".

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 atteggino quali elementi intrinseci alla prestazione principale oggetto di offerta (cfr. parere dell'Autorità n. 45/2007; TAR Lazio - Roma - Sezione III - Sentenza 14febbraio 2008 n. 1370, Consiglio di Stato, n. 3981/2008). Il quadro normativo sembra, dunque, autorizzare a sostenere che non è affatto 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.

Inoltre, 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) (cfr. CdS sezione V [-Sentenza 21 maggio 2009 n. 3146).

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 le disposizioni 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 ".

Dalla disposizione appare evidente, da una parte, la conferma che a base di gara deve sempre esserci un importo massimo e, dall'altra, 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 determinazione 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 normee 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 (in tal senso, CdS, sez. VI, sentenza 21 novembre 2002 n. 6415, TAR Lombardia, Brescia, sentenza 23 ottobre 2007 n. 915, TRGA Trentino Alto Adige,Trento sentenza 23 giugno 2008 n. 154). 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.

Qualora il costo del personale contenuto nell' offerta risulti dì gran lunga inferiore a quello minimo indicato dal Ministero del Lavoro e non sia stato nemmeno giustificato, l'offerta viene a porsi in

contrasto con l'articolo 86. comma 3 bis, del Codice, ai sensi del quale, nella valutazione dell' anomalia delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a valutare che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

Per quanto riguarda le problematiche attinenti alle giustificazioni per i costi della sicurezza per i servizi e forniture si richiama quanto affermato nella Determinazione dell' Autorità n. 3 del 05/03/2008. Per quanto riguarda i lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 87, comma 4 e 86, comma 3 *ter* non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza.

Infine, per quanto attiene alla motivazione del giudizio di anomalia, nel caso di giudizio negativo, la stessa deve essere necessariamente rigorosa e puntuale (per consentire al concorrente dichiarato anomalo di avere consapevolezza delle motivazioni poste a 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 (cfr. tra le ultime CdS Sez. V 11/07/08. n. 3-181).

Sulla base di quanto sopra considerato

il Consiglio

1. Ritiene che, al fine di rispettare i principi di legittimità, trasparenza e correttezza, nonché le indicazioni della giurisprudenza, i documenti di gara debbano essere predisposti e le verifiche effettuate nel rispetto delle indicazioni riportate nelle sopra esposte considerazioni.
2. Ritiene ammissibile che le singole fasi istruttorie della verifica di anomalia siano svolte in contemporanea; ossia l'esame delle giustificazioni, a partire dalla migliore offerta, può essere svolto contemporaneamente all'avvio dei sub-procedimenti delle altre offerte, anche se non ancora concluse le precedenti, secondo l'ordine progressivo dei ribassi offerti.

Il Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 Luglio 2009