

Il criterio del prezzo più basso e la congruità delle offerte  
nell'aggiudicazione dei contratti pubblici  
alla luce del D.Lgs. 12.04.2006, n.163  
(LEONARDO MICONI)<sup>1</sup>

Sommario: 1. Il nuovo uso della soglia di anomalia. – 2. Confronto tra vecchi e nuovi criteri di selezione dell'offerta aggiudicataria per lavori, servizi e forniture. – 3. La discrezionalità del responsabile del procedimento. – 4. Modalità di verifica della congruità dell'offerta e incertezze. – 5. Le indicazioni della giurisprudenza. – 6. Un possibile metodo per il riconoscimento della turbativa di gara. – 7. Conclusioni.

1. La sezione V, capo III, titolo I, della Parte II del nuovo codice dei contratti pubblici, reca i criteri per la scelta della migliore offerta con il prezzo più basso oppure con l'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché le modalità di formulazione delle offerte e i procedimenti di verifica della congruità ove queste risultino “anormalmente basse”.

Alcune novità che ci accingiamo a commentare risiedono proprio nel criterio del prezzo più basso la cui disciplina si trova negli articoli da 82 ad 89 collocati precisamente nel titolo I della parte II relativo ai contratti sopra soglia comunitaria, disciplina integrata dagli artt.122 e 124 del titolo II della medesima parte II, questa volta per i contratti al di sotto della soglia.<sup>2</sup>

Una prima rilevante novità è dovuta al diverso significato che assume il valore della soglia di anomalia che veniva calcolato ai sensi dell'art. 21 comma 1-bis della legge n.109 del 1994, le cui modalità di calcolo sono state riprodotte senza modifiche nell'art. 86 comma 1 del codice, a parte una formulazione più chiara.

Tale valore assume il significato di linea di demarcazione tra le offerte da considerare di norma accettabili e quelle che, collocandosi al di sopra, sono da considerare sospette di non congruità; in altre parole la soglia è uno strumento per comprendere se le offerte devono essere considerate dalla stazione appaltante anormalmente basse o no, indipendentemente dai valori relativi di ribasso. Il superamento di tale valore da parte delle offerte non comporta però l'esclusione automatica, bensì l'obbligo del responsabile del procedimento (o della commissione di aggiudicazione) di verificarne la congruità.

La nuova funzione della soglia si desume dal tenore di tutta la sezione V

---

<sup>1</sup> Dirigente AVCP.

<sup>2</sup> I valori delle soglie sono indicati dal codice agli artt.: 28 e 29 per i settori ordinari, 32 per i servizi affidati da soggetti privati, 91 e 99 per i servizi e concorsi di progettazione, 196 per i contratti della difesa, 215 per i settori speciali e 235 per i concorsi di progettazione nei settori speciali.

richiamata e in particolare dal comma 1 dell'art.86 che reca i criteri per la individuazione delle offerte anormalmente basse; e indirettamente, ma altrettanto chiaramente, dal comma 1 dell'art. 89 ove sono indicate le basi della tecnica per la verifica della congruità dei prezzi.

Dunque, data una serie di ribassi, svolte alcune semplici operazioni per il calcolo della soglia di anomalia, l'offerta aggiudicataria, per importi sia sopra che sotto le soglie comunitarie, è individuata semplicemente nell'offerta di maggior ribasso, sebbene superiore alla soglia di anomalia, a condizione che sia verificata la congruità dell'offerta.

E' da rimarcare che il responsabile del procedimento da un lato ha l'obbligo di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta di maggiore ribasso, dall'altro può riconoscere il carattere anormalmente basso dell'offerta con un criterio automatico senza alcuna valutazione discrezionale.

Una seconda novità, direttamente legata alla nuova procedura, è l'obbligo dei concorrenti di corredare le offerte con le giustificazioni del 100 % delle voci di prezzo; argomento sul quale torneremo nel seguito.

Dunque, qualora la stazione appaltante, già con gli elementi giustificativi che corredano la migliore offerta, verifica la congruità dell'offerta medesima, la designa quale aggiudicataria provvisoria (cfr art. 11).

Diversamente, se la verifica (cfr comma 1 art.87 e comma 7 art.88) si conclude con un giudizio di non congruità dell'offerta, si innesca una procedura di ricerca iterativa dell'offerta aggiudicataria fino ad individuare la migliore offerta non anomala ("non anomala" del comma 7 dell'art.88 equivale a "congrua") che diviene pertanto oggetto di aggiudicazione provvisoria.

Può darsi che la procedura di verifica della congruità si debba svolgere più di una volta e, in ipotesi, se tutte le offerte anormalmente basse siano riconosciute non congrue, si giunge alla prima offerta immediatamente inferiore al valore della soglia di anomalia, offerta da ritenere accettabile per definizione e quindi da riconoscere quale offerta aggiudicataria, seppure con le precisazioni che vedremo più avanti.

Per appalti al disotto delle soglie, gli articoli 122 comma 9 e 124 comma 8 (titolo II, parte II), rispettivamente per i lavori e i servizi e le forniture, prevedono che in alternativa alla procedura vista, il responsabile del procedimento possa (ancora) individuare l'offerta aggiudicataria mediante il noto "criterio di esclusione automatico" delle offerte che superano la soglia di anomalia, esattamente come prevedeva l'art.21 comma 1-bis della legge quadro<sup>3</sup>; in tal caso, per i lavori, servizi e forniture non è richiesta la giustificazione delle voci di prezzo a corredo delle rispettive offerte.

Al di sotto delle soglie comunitarie, la scelta di assumere tale sistema

---

<sup>3</sup> Come noto il controverso criterio della esclusione automatica sottosoglia, ha conosciuto alterne vicende culminate con la richiesta da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia europea, della valutazione del contrasto con il diritto comunitario; sentenza non ancora emessa. Contro la esclusione automatica vedasi Tar Piemonte nn.2190/04 e 1332/05 nonché, a favore di un uso non tassativo del criterio, la determinazione del 22.06.2005 con la quale l'Autorità aveva chiarito che l'esclusione automatica è solo una norma di semplificazione e perciò non obbligatoria.

automatico deve essere indicata nel bando di gara e/o nella lettera d'invito e, si ritiene, le motivazioni di tale scelta dovrebbero essere altresì indicate nella delibera a contrarre, dato che il codice ha inteso orientare le s.a. verso un'unica disciplina semplificata, derivante dalle direttive comunitarie che è, appunto, quella sopra le soglie (titolo I parte II)<sup>4</sup>.

Va poi evidenziato che per gli appalti sia sopra che sotto la soglia comunitaria, il valore di anomalia non deve calcolarsi quando le offerte ammesse in gara siano in numero inferiore a cinque. E che resta sempre valida la facoltà del responsabile del procedimento, di sottoporre ad una valutazione di congruità "ogni offerta che lo richieda" (cfr art.86 comma 3 richiamato dallo stesso art.124 comma 8) quando vi siano elementi specifici.

Quando ricorrono tali circostanze, si pone il problema di come si possa riconoscere il carattere anormalmente basso dell'offerta, da sottoporre evidentemente, alla successiva fase di verifica di congruità.

L'art.89 comma 1 del codice - che da indicazioni sugli strumenti per rilevare la congruità dei prezzi - non da una chiara soluzione al problema posto.

Qui si dice che al fine di stabilire se una offerta è anormalmente bassa, mancando appunto la soglia, le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato rilevabile o, a fini di orientamento, prendono in considerazione i costi standardizzati ecc.

Ed è ovvio che l'esito di tale confronto può anche essere quello di non qualificare l'offerta come anormalmente bassa e, come tale, può essere riconosciuta aggiudicataria senza verifica di congruità, con la conseguenza che si opererebbe in un modo del tutto asimmetrico rispetto ai procedimenti di cinque offerte ed oltre<sup>5</sup>.

Se si conviene che il significato tecnico da dare al "confronto" non può essere evidentemente quello stesso di una verifica - ben più articolata e complessa - il detto confronto è lungi dall'essere "automatico" e assumerebbe il valore di un apprezzamento preliminare o meglio di un giudizio più che di una misura; anche perché deve essere tempestivamente effettuato.

Per sopperire a tale disparità sarebbe allora necessario che il decisore (r.p. o commissione) provvedesse ad una puntuale motivazione per la quale per la quale l'offerta non è da considerare anormalmente bassa, per evidenti ragioni di tutela del concorrente che segue la prima offerta e così via.

Ma da ciò consegue che una motivazione esauriente non può che discendere da una verifica di congruità propriamente intesa.

Sembra allora ragionevole concludere, sul punto, che nel caso di procedimenti che vedano meno di cinque offerte è da considerare obbligatoria la verifica di congruità della migliore offerta prima dell'aggiudicazione provvisoria ecc.

E' da osservare l'uso del termine "anormalmente" che il legislatore ha inteso mantenere davanti alla parola "bassa", come già nella formulazione dell'art.21 comma 1 bis della legge quadro.

---

<sup>4</sup> Per inciso, ciò spiega la esiguità della disciplina sottosoglia del titolo II della parte II.

<sup>5</sup> Del resto, se così fosse, non vi vede perché ciò non vale a maggior ragione sopra a 5 offerte.

Per significare che una offerta bassa è normale per definizione dato che il metodo è basato su una competizione dei (soli) prezzi senza alcuna attenuazione dovuta alla calcolazione di valori medi delle offerte (o soglie) associati o meno a correttivi (ad esempio: scarto quadratico medio della prima formulazione della l.q., oppure scarto semplice della più recente legge quadro o, ancora, maggiorazione del 20 % del valore medio delle offerte come nel D.Lgs. n.358/92 ecc.). Anzi se i ribassi fossero troppo contenuti, la gara non avrebbe adempiuto alla sua funzione con la dovuta efficienza.

Per riassumere, nell'ambito degli appalti soprasoglia, il r.p. può accettare senza pregiudizi l'offerta di maggiore ribasso con verifica della congruità e, se necessario, procede iterativamente nelle verifiche fino a individuare un'offerta congrua; mentre per appalti sottosoglia, in alternativa al criterio descritto, il r.p., se previsto nel bando (vedasi art.124 comma 8), può ricorrere alla esclusione automatica di tutte le offerte anormalmente basse.

Infine, vale sottolineare che la collocazione di tali criteri nel titolo I della Parte II - che propriamente disciplina i contratti sopra le soglie comunitarie - fa sì che questi debbano essere applicati a tutti i contratti disciplinati dal codice, dai settori ordinari ai settori speciali, per importi sopra e sotto le soglie comunitarie, per i lavori, servizi e forniture, con la sola eccezione dei contratti esclusi in tutto o in parte di cui al titolo II della parte I del codice e, naturalmente, salvo che tali criteri non siano stati anche per quest'ultimi contratti volontariamente richiamati.<sup>6</sup>

2. L'esempio di una gara realmente svoltasi consente ulteriori argomentazioni.

Siano dati i valori di ribasso percentuale rispetto all'importo a base di appalto come segue:

18,6/21,17/21,48/22,222/23,23/26,77/28,50/29,2/29,715/29,87/30,89/31,12/32,3/32,33/33,15/33,21/33,3/33,333/33,444/33,488/33,5/33,652/33,75/33,771/33,777/34,1/34,2/34,55/34,937/36,4/36,431/40,659/48,01/48,57/48,62/48,7/48,75/48,75 relativi a n.38 offerte.

Ammettendo, per finalità espositive, di poter simulare con gli stessi ribassi tre diverse tipologie di gare, secondo le norme previgenti potevano aversi varie ipotesi.

a) gara inerente un appalto di lavori (art.21 comma 1-bis l.q.)

Il 10 % di 38 offerte arrotondato all'unità superiore è pari al numero intero 4 e così le offerte da considerare per il calcolo della media sono (cfr determinazione n.4 del 1999):

---

<sup>6</sup> Ciò perché l'applicazione del titolo I della parte II è prevista esplicitamente dagli artt. 121 (disciplina dei contratti sottosoglia), 142 (concessioni di lavori pubblici), 152 (finanza di progetto), 161 (infrastrutture strategiche), 195 (difesa), 197 (beni culturali) e 206 (settori speciali).

23,23/26,77/28,50/29,2/29,715/29,87/30,89/31,12/32,3/32,33/33,15/33,21/  
33,3/33,333/33,444/33,488/33,5/33,652/33,75/33,771/33,777/34,1/34,2/34,55/3  
4,937/36,4/36,431/40,659/48,01/48,57

Il valor medio è pari 33,672 % al quale viene aggiunto lo scarto medio aritmetico<sup>7</sup> delle offerte risultanti dopo il taglio delle ali di 3,758 % (45,091/12) che fornisce il valore di una soglia pari a 37,430 %.

Ai sensi dell'art.21 comma 1-bis della legge quadro, le offerte superiori a 37,430 % sarebbero state automaticamente escluse e l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore dell'offerta corrispondente al ribasso pari a 40,659 %; mentre alla luce della nuova norma in commento l'aggiudicazione cade in prima applicazione a favore del ribasso pari al 48,57 %, salvo che la verifica non abbia dato esito negativo.

Per arrivare al medesimo risultato della norma previgente dovrebbero risultare non congrue numero tre offerte da 48,57 % a 40,659 % comprese.

b) gara inerente un appalto di servizi (art.23 DLgs n.157/95)

Ai sensi dell'art.23 comma 1 lett. a) e seguenti del D.Lgs. n.157/95 l'aggiudicazione sarebbe caduta direttamente a favore del ribasso pari a 48,57 %, purché vi sia stato un esito favorevole della verifica.

Sarebbe però cambiata la soglia fino alla quale estendere la verifica; qui la soglia si ottiene dalla media dei ribassi - di tutti i ribassi senza tagli di ali - incrementata di un quinto, dunque con valore finale pari a 44,21 %.

c) gara inerente un appalto di forniture (art.19 D.Lgs. n.358/92)

L'aggiudicazione sarebbe caduta anche in questo caso a favore del ribasso pari al 48,57 % a condizione che l'offerta fosse risultata congrua. Analogamente sarebbe cambiata la soglia al di sopra della quale le offerte dovevano considerarsi anormalmente basse, soglia ancora ottenuta dal valore medio incrementato di un quinto cioè pari a 44,21 %.

Dal confronto delle procedure in a), b) e c), possiamo osservare che il criterio individuato dal codice è basato in parte sul criterio prima in uso per i lavori a proposito della formula per il calcolo della soglia, in parte sul criterio che vigeva per i servizi e forniture circa l'obbligo di effettuare la verifica di congruità delle offerte considerate anormalmente basse. E che, se in ipotesi non venissero modificate dal mercato le strategie di gara, dopo l'introduzione delle nuove regole in commento, caratterizzate dalla assenza di qualsiasi attenuazione della competizione basata sui prezzi, le stazioni appaltanti otterrebbero sconti decisamente più elevati, laddove si consideri che la soglia calcolata con gli scarti medi (art.21 comma 1-bis della l.q.) è ben più bassa di quella ottenuta

---

<sup>7</sup> E' da ricordare che lo scarto medio semplice (e ancor di più lo scarto quadratico medio ecc.) indica una misura dell'attitudine dei dati a disporsi intorno ad un valore medio. Il significato teorico dello scarto è stato elaborato con riferimento alla distribuzione probabilistica di Gauss basata su di una popolazione di dati; nei casi concreti - in presenza di un campione finito di dati - alla formula teorica vengono apportati dei correttivi. Da ciò si può comprendere l'origine della limitazione a 5 dei valori di ribasso per i quali è applicabile la formula per il calcolo della soglia di anomalia. Ma da ciò deriva una ulteriore importante considerazione: assumendo la formula della soglia prevista dalla norma, si ammette implicitamente l'ipotesi che i valori dei ribassi si attestino appunto intorno ad un valore medio.

dall'aumento di un quinto del valore medio (art.19 D.Lgs. n.358/1992).

Non deve però sfuggire che la norma ha previsto, per fare da contrappeso a tale nuovo sistema, un procedimento obbligatorio di verifica di anomalia delle offerte proprio per tutelare l'attendibilità delle medesime come via necessaria per un mercato sano.<sup>8</sup>

Sul punto, sembra inoltre doversi riflettere su alcune tipologie di gara (distribuzione dei ribassi) di cui una prima caratterizzata dai seguenti ribassi percentuali (n.67 offerte ammesse) ordinati in serie crescente:

19,197-20,313-20,444-21,222-25,3-26,331-26,334-27,12-28,1-31,327-31,516-31,6-32,013-33,255-33,333-33,566-34,448-34,474-34,979-35,15-36,36-36,444-37,177-37,305-37,39-37,5-37,57-37,661-37,6888-37,8-37,8083-37,8123-37,8815-37,911-37,911-37,9176-37,929-37,944-37,9487-37,961-37,98-37,981-37,984-37,984-37,986-37,993-37,994-38,002-38,009-38,011-38,015-38,016-38,017-38,051-38,067-38,0893-38,118-38,121-38,127-38,153-38,195-38,223-38,289-38,542-38,563-38,777

A parte una serie di osservazioni che si possono svolgere circa la sussistenza di cartelli, è evidente la singolarità di uno sconto massimo (38,777 %) preceduto da numerose altre offerte con ribasso di fatto coincidente (n.44 offerte fino a 37, 177 %).

La conseguenza è che se il r.p. accerta la non congruità per l'offerta con il ribasso massimo (38,777%), è probabile che debba proseguire la verifica di congruità per decine di offerte (in ipotesi per n.25 volte per arrivare al ribasso del 37,8083 % appena sotto la soglia di anomalia pari a 37,964 %); e dovrà fare inoltre molta attenzione al riconoscimento della congruità tra le diverse offerte che presentano il medesimo ribasso.

Tale circostanza ricorre anche nelle gare che conoscono addirittura un solo valore di ribasso nonostante decine o finanche centinaia di offerte, come nella distribuzione (decescente) che segue<sup>9</sup>:

16,83-15,77-15,30-14,97-14,91-14,76-14,71-14,64-14,57-14,46-14,45-14,36-14,34-14,33-14,32-14,31-14,31-14,30-14,28-14,28-14,25-14,22-14,22-14,21-14,20-14,20-14,20-14,19-14,18-14,18-14,18-14,18-14,17-14,17-14,17-14,17-14,16-14,16-14,16-14,16-14,16-14,15-14,15-14,15-14,14-14,14-14,14-14,14-14,14-14,13-14,13-14,12-14,12-14,12-14,12-14,11-14,11-14,11-14,11-14,10-14,09-14,08-14,08-14,07-14,06-14,05-14,04-14,02-14,01-13,99-13,97-13,97-13,96-13,95-13,92-13,92-13,89-13,87-13,87-13,83-13,81-13,74-13,73-13,51-13,49-13,33-13,23-13,21-12,88-11,92-11,83-11,76-11,23-11,14-11,09-10,55-10,37-10,23-10,12-9,65-7,95-0,25

<sup>8</sup> E' da considerare che l'uso sottosoglia della esclusione automatica non ha protetto le stazioni appaltanti dagli aumenti dei costi in corso d'opera e dei tempi di esecuzione contrattuali. Cfr relazione al Parlamento del 2006.

<sup>9</sup> Gara realmente svoltasi nel dicembre del 2002 a cura di un comune, portata all'attenzione dell'UAS in seno all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, ufficio che era preposto allo studio e alla "repressione" di tali fenomeni.

E' evidente che le distribuzioni dei ribassi in commento non devono indurre ad una errata lettura della gara, laddove si ritenesse che la replica così estesa di un valore di sconto ne fosse indice di attendibilità; anzi in casi del genere o vicini deve concludersi che la gara è sospetta (in tale caso così vistoso da annullare in autotutela) e la s.a. deve predisporre perché lo strumento della verifica dell'anomalia possa rappresentare, più che nel passato, un mezzo efficace per non accettare passivamente i condizionamenti dei concorrenti.

Allo stato, non ci sono dati completi per verificare se le nuove regole hanno già portato a modifiche delle strategie di gara.

Alcuni recenti dati di mercato<sup>10</sup>, hanno posto in evidenza che i ribassi medi di aggiudicazione, per appalti di lavori pubblici, hanno avuto un sensibile aumento nel periodo gennaio – ottobre 2006, rispetto allo stesso periodo del 2005 limitatamente alle classi di importo oltre 15,494 mln di euro; mentre per tutte le classi di importo inferiore al detto valore si sono confermati sostanzialmente i ribassi medi di aggiudicazione del 2005; i dati tuttavia non consentono valutazioni significative, in quanto il periodo considerato è in gran parte antecedente l'entrata in vigore del codice (1° luglio 2006).

3. Il criterio descritto lascia spazio all'esercizio di una notevole discrezionalità del responsabile del procedimento, cui consegue evidentemente una pari notevole responsabilità.

Sia sul versante dell'amministrazione, che è esposta ancor più al rischio di irregolare esecuzione dei lavori se il ribasso accettato fosse eccessivo<sup>11</sup>, sia nei confronti dei concorrenti le cui offerte sono situate tra il maggior ribasso e il valore della soglia di anomalia, che si vedrebbero ingiustamente penalizzate o dai ribassi temerari o dai ribassi troppo contenuti.

In tale ottica sono temibili varie distorsioni. Una prima può consistere nella tendenza a recepire acriticamente i valori di ribasso per evitare la complessità e/o il protrarsi dei tempi di aggiudicazione necessari per la verifica.

Mentre d'altro canto il responsabile del procedimento può interrompere la verifica su di un determinato concorrente per ragioni non tecniche oppure, come accennato, potrebbe non esercitare correttamente il potere di verifica quando nel procedimento vi siano meno di cinque offerte. Oppure, sotto soglia, al contrario, evitando a priori la verifica con il ricorso sistematico alla facoltà di esclusione automatica.

Inoltre, il responsabile del procedimento può essere indotto a riapplicare impropriamente la procedura prima in uso per i lavori, ritenendo cioè ora "inaccettabili" i ribassi che vanno dallo sconto più elevato fino alla soglia, assumendo a riferimento i ribassi medi di aggiudicazione noti a livello

---

<sup>10</sup> Cfr Edilizia e Territorio del 4-9 dicembre 2006, pagina 3, sui dati elaborati da Cresme Europa Servizi.

<sup>11</sup> La esclusione automatica delle offerte, sottosoglia, non ha salvaguardato l'esecuzione dei contratti ove si considerino i maggiori costi in corso d'opera e i maggiori tempi contrattuali pubblicati nella relazione al Parlamento dell'anno 2005.

nazionale.<sup>12</sup>

Tuttavia tali comportanti possono discendere proprio dal vincolo di obbligatorietà della verifica che sussiste anche quando il valore del ribasso più elevato è contenuto in limiti ordinari: cioè in quei limiti numerici consueti che sarebbero accettabili senza ulteriore sindacato dell'offerta. E' da considerare che questa, almeno per i più comuni appalti di lavori, è una cognizione piuttosto consolidata presso i responsabili del procedimento e in parte condivisibilmente fondata su di una apprezzabile esperienza; non può negarsi che in tali ambiti del ribasso (maggiore), la verifica di congruità può perdere d'importanza. In altre parole, per gli appalti di routine, difficilmente potrà aversi un reale beneficio sulle sorti della esecuzione del contratto, a parte il guadagno conseguente ad un maggiore valore del ribasso di aggiudicazione.

Una ulteriore distorsione potrebbe tuttavia essere indotta indirettamente dall'art.113 comma 1 del codice (garanzie di esecuzione e coperture assicurative); laddove si prevede l'adeguamento della garanzia fideiussoria, relativa alla fase di esecuzione del contratto, da costituire a cura dell'aggiudicatario (valore base del 10%) con incrementi commisurati al valore del ribasso di aggiudicazione secondo scaglioni fino al 10 %, fino al 20 %; e oltre il valore del 20 % "senza limitazioni". Appunto tale formula, "senza limitazioni", indurrebbe a ritenere che non ci sono pregiudizi sul valore di ribasso che si può accettare e, per certi aspetti, come abbiamo visto, questa è una corretta interpretazione.

E' stato comunque argomentato<sup>13</sup> che le gare basate su di una competizione attenuata dei prezzi, come appunto si verifica quando il criterio di aggiudicazione è basato sulle medie delle offerte concorrenti, anche se associate a correttivi di varia formulazione (cfr art.21 comma 1-bis della l.q.), non danno risultati migliori rispetto al metodo del prezzo più basso.

Ciò principalmente perché spingono i concorrenti a coordinarsi per formulare offerte più elevate possibili, a svantaggio della stazione appaltante, nonché a colludere attraverso offerte di comodo. Mentre d'altro canto non è provato che i maggiori costi e la necessità di rinegoziare il contratto susseguono ad aggiudicazioni basate sul prezzo più basso a meno che non si tratti di offerte tecnicamente sbagliate.

4. Come abbiamo accennato il codice ha previsto - art.85 comma 6 - che le offerte siano accompagnate sin dalla presentazione (e indifferente se formulate mediante ribasso percentuale o a prezzi unitari) della giustificazione di tutti i prezzi ossia del 100 % delle voci e non più limitatamente alle voci più significative per almeno il 75 % dell'importo a base di gara come nell'art. art.21 comma 1-bis della legge quadro.

L'estensione delle giustificazioni a tutto l'importo risponde all'esigenza di consentire immediate valutazioni della congruità, senza neppure avviare la

---

<sup>12</sup> Relazione annuale al Parlamento, 2005, pag. 187.

<sup>13</sup> Cfr Albano, G.L., Bianchi, M., Spagnolo, G., "Bid Average Methods in Procurement", in rivista di Politica Economica, gennaio-febbraio 2006, editrice Gustavo Piga e Khi V.Thai, consultabile nell'omonimo sito.



richiesta di ulteriori giustificazioni; ciò, infatti, è da mettere in relazione ai tempi molto stretti che l'art.89 ha previsto per le eventuali richieste di chiarimento sulle voci. E a consentire alla s.a. di procedere alla eventuale esclusione nel caso di mancato riscontro alle richieste di maggiori delucidazioni sui costi o in caso di mancata presentazione alla convocazione del concorrente sottoposto a verifica.

In tal modo si assicura una durata contenuta al procedimento di selezione e l'operatore economico è spinto a formulare una richiesta seria ed attendibile sin dalla presentazione dell'offerta non potendo contare su tempi ampi per gli approfondimenti a posteriori.

Un inconveniente sembra però quello di non aver assistito con adeguata sanzione, il mancato riscontro dell'operatore alle richieste di delucidazioni, lasciando comunque a questi la possibilità di condizionare la soglia di anomalia e quindi il tempo che può occorrere per individuare l'offerta aggiudicataria.

Ove invece l'esame dei prezzi e relative giustificazioni non siano sufficienti al giudizio di congruità, il r.p. potrà prendere in considerazione altri elementi dell'offerta e che a titolo esemplificativo (dunque non tassativo) la norma elenca all'art. 87 comma 2 quali l'economia del processo di fabbricazione ecc., le soluzioni tecniche adottate, le condizioni di favore sui prodotti, sui lavori ecc., l'originalità del progetto o delle forniture o dei servizi, ecc.

Nei casi in cui sia posto a base di gara un progetto esecutivo - che ai sensi dell'art. 76 non può ricevere varianti progettuali in sede di offerta - gli elementi aggiuntivi di cui sopra, difficilmente sono tali da ribaltare un giudizio basato sulle giustificazioni iniziali dei prezzi. Anche perché le argomentazioni spendibili sulle condizioni eccezionalmente favorevoli ad esempio sui prezzi o sulla organizzazione del lavoro o delle forniture, sono state già utilizzate nell'offerta.

Il codice detta poi regole minuziose da applicare quando debba rifiutarsi un'offerta, regole riprese dalla disciplina previgente sui lavori e sui servizi, dalle direttive 2004/18/CEE e 2004/17/CEE e segnatamente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato tra le quali, occorre rimarcare, la necessità di procedere alla convocazione e audizione dell'offerente quando si debba escludere la sua offerta.

Dal punto di vista metodologico la verifica della stazione appaltante - affidata al r.p. o ad una commissione ad hoc - è basata comunemente sul controllo delle varie componenti dell'offerta che sono:

- a) spese generali, da valutarsi sulla base di una relazione giustificativa prodotta dal concorrente;
- b) utili previsti e segnatamente ragioni che eventualmente consentono le riduzioni al di sotto del valore convenzionalmente indicato;
- c) costi elementari della mano d'opera utilizzati (o non) nelle analisi, da confrontarsi con i costi pubblicati periodicamente da vari organismi (per i lavori dai Provveditorati alle OO.PP. e in generale dalle Camere di commercio);
- d) mezzi d'opera, con riferimento ai costi delle analisi dei prezzi unitari,

- con particolare riferimento ai mezzi meno comuni dei quali occorrerà altresì considerare l' idoneità ai lavori ecc. e la relativa produttività;
- e) libro dei cespiti, al fine di verificare e valutare la reale dotazione organica del concorrente o valutazione delle indicazioni alternative;
  - f) costi elementari dei materiali, di cui alle analisi, da confrontare con quelli noti del mercato presso i produttori o fornitori, con particolare attenzione alla validità sostanziale di tale documentazione;
  - g) disponibilità di cave, di discariche, di scorte di magazzino ecc. comprovanti la provenienza dei materiali, la fattibilità dello smaltimento nel rispetto delle norme ambientali ecc.;
  - h) attendibilità delle analisi dei prezzi unitari, dal punto di vista delle incidenze temporali (cfr con i cronoprogrammi di progetto) e costi orari della mano d'opera, delle produttività dei mezzi previsti per l'esecuzione (cfr specifiche dei mezzi posseduti o noleggiati e quantitativi del computo metrico di progetto);
  - i) completezza delle analisi giustificative dei prezzi unitari;
  - j) confronti dei prezzi offerti con quelli dei prezzari locali ecc.;
  - k) costi degli avvalimenti, se non indicati nelle spese generali;
  - l) costi e oneri finanziari in relazione alla durata dell'opera, se non indicati nelle spese generali;

ed altre voci variabili di volta in volta. Non ultimi gli elementi di criticità o di rischio previsti nella esecuzione del contratto desunti dal progetto e, non è da escludere, dai risultati della validazione<sup>14</sup>. E' inoltre da porre molta attenzione sulla accettabilità della documentazione giustificativa al fine di evitare che il concorrente possa sbarrare la strada alla stazione appaltante per l'accertamento dei costi effettivi a base dell'offerta; i limiti agli approfondimenti sono evidentemente da ricercare nei principi di adeguatezza ecc.

Le valutazioni che scaturiscono dai suddetti elementi e quelle che potranno derivare dall'audizione finale del concorrente sono poi elaborate attraverso metodi propri della stazione appaltante, metodi non univoci e/o automatici e di solito caratterizzati inevitabilmente da ragionamenti più o meno empirici spesso derivanti da singole esperienze professionali.

Del resto se esistessero metodi completamente oggettivi per la valutazione dell'attendibilità economica di una offerta, tali metodi costituirebbero essi stessi dei criteri di aggiudicazione (o di esclusione, automatica o non) che il legislatore già da molto avrebbe scelto in luogo di quelli consueti. Ne è prova la necessità di spiegazioni dirette del concorrente quale indice della complessità del problema e della inadeguatezza degli automatismi di verifica. Il vero problema è che, in realtà, la stazione appaltante difficilmente conosce il vero utile d'impresa atteso che i costi dell'offerta sono sempre dati riservati del concorrente.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Gli estremi della validazione devono essere indicati, ad esempio, nei bandi di gara in tema grandi opere; dunque possono emergere in tale fase anche i suoi contenuti ecc.

<sup>15</sup> Un metodo è stato di recente proposto da R. Gaddi, *Edilizia e Territorio*, n. 31, 7/12 agosto 2006, pag. 18: esso consiste nel confronto di un "importo di anomalia" con un "utile

Ma quale che sia la metodologia di verifica, questa deve culminare con un giudizio complessivo e motivato circa l'accettabilità dell'offerta la quale, come vedremo meglio in seguito, costituisce espressione di discrezionalità tecnica sindacabile solo se manifestamente illogica, contraddittoria o errata.

In particolare per i servizi dovrà essere approntata una progettazione (cfr art.94) da cui desumere gli elementi di verifica; mentre per le forniture, di norma desunte dai cataloghi, dovrà introdursi nella pratica corrente il ricorso alle tecniche di analisi dei costi che sono tipiche dei lavori pubblici.

Appare in ogni caso chiaro che le corrette giustificazioni per la verifica di congruità, che saranno riportate nei bandi di gara o nelle lettere d'invito - quale che sia la procedura di affidamento - non potranno che discendere dal progetto delle opere, dei servizi o delle forniture.

E' infine da richiamare l'art.89 del codice il quale oltre a dare indicazioni sui prezzi da assumere a base di gara o per la valutazione del carattere anormalmente basso delle offerte quando vi siano in gara meno di cinque concorrenti, ovvero più in generale della convenienza o meno dell'aggiudicazione (cfr comma 1), indica la possibilità di prendere come base di orientamento i costi standardizzati<sup>16</sup> e i prezzi unitari del Genio Civile o in generale i prezziari vigenti nel luogo dove si eseguono gli interventi. Circa le finalità composite di tale articolo - prezzi da porre a base di gara e prezzi per la valutazione del carattere anormalmente basso - è da osservare che ai fini delle valutazioni di congruità, mai i prezzi sono più attendibili di quelli che figurano nel progetto dell'intervento.

5. La verifica di congruità delle offerte è tra i temi che ha ricevuto maggiore attenzione della giurisprudenza per gli evidenti riflessi che le procedure hanno sulla corretta individuazione dell'aggiudicatario.

Gran parte delle pronunce del Consiglio di Stato dovrebbero mantenere inalterata la loro validità in quanto il codice ha largamente confermato la disciplina previgente della legge quadro soprasoglia.

Un primo tema di notevole rilevanza riguarda la possibilità di sottoporre a verifica di anomalia anche le offerte i cui ribassi si collocano al disotto della soglia di anomalia, con la condizione però di una specifica e adeguata motivazione in considerazione che tale evenienza riveste il carattere di assoluta eccezionalità (Cons. Stato, IV, 15.7.99, n.1267).<sup>17</sup>

Il medesimo pronunciamento ha altresì precisato che la verifica dell'anomalia compete al r.p. - cfr art.89 comma 2 del regolamento n.554/99 - che viene interessato al riguardo quando il soggetto che presiede la gara individua offerte sospette di anomalia, per la qual cosa viene sospesa la

---

dell'offerta"; la decisione finale della s.a. su tale diseguaglianza appare comunque, inevitabilmente, discrezionale.

<sup>16</sup> Si noti che il codice ha indicato l'impiego dei costi standardizzati ai soli fini di orientamento; tale formula è assai felice data la genericità dei detti costi che, quandanche desunti, non li renderebbe idonei, almeno nell'ambito dei lavori, per le valutazioni di congruità.

<sup>17</sup> Cfr art.86 comma 3 del codice.

seduta<sup>18</sup>; e che per la verifica di congruità il r.p. può avvalersi di organismi tecnici della stazione appaltante.

La citata sentenza ha fatto anche rilevare l'ordine da mantenersi: in una prima fase si calcola la soglia e solo dopo, in una seconda fase, si verifica l'anomalia; va da sé che la esclusione delle offerte che può conseguire alla verifica di congruità non comporta il ricalcolo della soglia di anomalia.

Tale ultima precisazione è da porre in raffronto ai nuovi adempimenti sul controllo degli atti prodromici alla stipula del contratto<sup>19</sup> (cfr artt.11 e 12). E' evidente che le verifiche di cui trattasi precedono l'aggiudicazione provvisoria; pur tuttavia, nella fase che va dall'aggiudicazione definitiva (divenuta efficace) alla stipula del contratto (termine massimo di 60 giorni se non differito, cfr art.11 comma 9), nella quale avviene la notifica agli interessati (stipula almeno dopo 30 giorni, cfr art.11 comma 10), la verifica di congruità può ritornare attuale a seguito di un contenzioso ecc.

Una seconda rilevante questione è quella che attiene la metodologia. E' stato infatti precisato che una offerta non può essere considerata anomala solo perché determinate voci della stima si discostano dai prezzi medi di mercato, bensì occorre che i detti scostamenti siano tali da rendere l'offerta nel suo complesso inaffidabile rispetto all'intera prestazione, ovvero inidonea a garantire la serietà dell'esecuzione dei lavori (Cons. Stato, VI, 19.5.2000, n.2908). Cioè l'offerta deve essere valutata nel suo insieme, non in base a canoni generici o astratti, ma valutando la specificità dell'offerta nella situazione in cui si trova l'impresa offerente.

Sempre circa la metodologia è stato ribadito che sebbene l'amministrazione debba tenere in conto le giustificazioni fornite dall'offerente, ciò non implica tuttavia che la stessa sia tenuta a formulare contestazioni analitiche sulle giustificazioni dell'offerta, in quanto è sufficiente che la determinazione sia coerente e logica riguardo al raffronto tra il fatto e le regole tecniche e di esperienza amministrativa che governano la materia (Cons. Stato, V, 15.5.2001, n.2705).

Il suddetto indirizzo è confermato ove anche si tratti di una offerta formulata a prezzi unitari, la quale va esclusa nel caso in cui risultino non già delle differenze tra le singole voci di spesa, che potrebbero trovare una adeguata contropartita nell'ambito degli altri fattori di produzione, ma un grave squilibrio nella composizione dell'offerta stessa, tale da comprometterne l'attendibilità (Cons. Stato, V, 24.2.2003, n.990). Tale principio, che richiede l'esame delle singole voci di prezzo, trova applicazione anche nel caso di appalti a corpo (Cons. Stato, V, 7.2.2002, n.702).

Vi è poi da richiamare un costante orientamento che si è registrato in ordine alla necessità di esclusione delle offerte che abbiano un uguale ribasso, ai fini del calcolo della media e dello scarto semplice ovvero della soglia di anomalia (Cons. Stato, V, 3.6.2002, n.3068).

Mentre, per quanto detto sulla facoltà in capo al r.p. di accettare subito

---

<sup>18</sup> Aspetto, quest'ultimo, da considerare superato.

<sup>19</sup> Tra le discipline per le quali l'art.4 comma 3 del codice ammette una articolazione diversa dal codice, vi sono i profili di organizzazione e di contabilità amministrativa.

l'offerta di maggiore ribasso, è da ritenere superato un altro orientamento secondo cui tutte le offerte sopra la soglia di anomalia devono essere sottoposte a verifica di congruità; mentre rimane valida l'indicazione secondo la quale non può procedersi all'esclusione di una offerta senza la convocazione dell'offerente, aspetto che il codice ha risolto con la previsione esplicita in tal senso contenuta nel comma 4 dell'art.88.

Infine, è da ribadire il significato e la portata del controllo che il giudice amministrativo può compiere sul procedimento di verifica della stazione appaltante. Il giudice amministrativo può sindacare la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, oltre che per i profili estrinseci, anche verificando l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto ai criteri tecnici e ai procedimenti applicativi (Cons. Stato, V, 23.8.2006, n.4949).

E da ultimo, è d'interesse precisare che nell'esercizio della verifica di congruità, eseguita dal r.p. o da una commissione (cfr art. 84), si esprime un potere di natura tecnico-discrezionale i cui limiti di sindacato sono correlati alla manifesta illogicità, alla incongruità della motivazione, all'errore di fatto, cioè a profili che non vanno a scalfire la sfera di autonomia decisionale riservata in tale ambito alla potestà dell'amministrazione (Cons. Stato, IV, 29.7.2003, n.4350).

6. Le novità in commento inducono il r.p. ad una maggiore attenzione ai ribassi di gara e perciò a interrogarsi circa l'esistenza di metodi sufficientemente rigorosi per il riconoscimento di eventuali distorsioni dei ribassi medesimi (turbativa di gara).

Questi si trova di fronte a due verifiche molto stringenti: la prima, come visto, per rifiutare le offerte sopra la soglia di anomalia che non risultino affidabili economicamente; la seconda, ai sensi dell'art.34 del codice, per rifiutare le offerte che provengano da concorrenti condizionati da un unico centro decisionale oppure, come già nella l.q., siano espressione di situazioni di controllo di cui all'art.2359 del c.c.

E' chiaro che la seconda verifica deve precedere la prima; ciò è pacifico quando gli "univoci elementi" che si considerano per il riconoscimento della esistenza del centro decisionale esterno alla stazione appaltante, relativamente semplici da accertare, sono quelli di natura amministrativa quali la residenza di diversi soggetti, il grado di parentela, ecc. già individuati dalla giurisprudenza e sui quali non ci dilungheremo. Elementi questi che sono valutati nella fase di ammissione alla gara e prima delle aperture delle buste contenenti le offerte economiche.

Vi è però un ulteriore elemento insito nei valori dei ribassi percentuali, che interviene contestualmente alla verifica di congruità delle offerte e che qui di seguito esamineremo.

Occorrerà premettere un ragionamento di carattere generale. Se lo svolgimento di una gara è basato solo su di una sana competizione dei concorrenti dove le offerte sono il risultato di analisi serie ed affidabili, è logico attendersi che i valori dei ribassi siano tendenzialmente raggruppati in una

fascia limitata o comunque non amplissima.

In linea tendenziale, nella logica aziendale secondo cui l'offerta è attentamente valutata, i concorrenti sono indotti a presentare ribassi non troppo dissimili, salvo le differenze da ricondursi alle singole organizzazioni.

Fatte inoltre salve circostanze specifiche destinate ad incidere sul ribasso quali ad esempio: le economie di scala, la presenza di propri cantieri attivi nelle vicinanze dell'intervento da realizzarsi, la proprietà di impianti di produzione di materiali che hanno una utilizzazione molto estesa nell'opera, la disponibilità di brevetti particolari, e altre circostanze ecc.

Oppure motivazioni di ordine meramente congiunturali quali la necessità per una organizzazione di essere attiva sul mercato indipendentemente dagli utili; in tale ottica si colloca anche il noto fenomeno di penetrazione in mercati geograficamente lontani dal tradizionale bacino di azione dei concorrenti (dumping), che induce i medesimi alla formulazione di offerte meno giustificabili sotto il profilo tecnico. Circostanze, quest'ultime, che sembrano abbastanza rare rispetto al numero delle gare che si svolgono ogni anno ed al numero dei partecipanti.

Del resto una dispersione troppo ampia dei ribassi sarebbe indice o di una scarsa attenzione professionale del concorrente o di un'errata valutazione del progetto ecc.

La stessa lettura era stata confermata dalla giurisprudenza la quale ha affermato che il c.d. meccanismo del taglio delle ali (10 % delle offerte) ha lo scopo di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media (Cons. Stato, V, 18.6.2001, n.3216).

E' allora corretto supporre che i ribassi siano disposti secondo la legge di "distribuzione normale" il cui diagramma, come noto, è costituito da una campana rovesciata e i valori indicati dalla legge medesima come i più probabili, devono essere addensati nella fascia ammissibile per quella determinata opera (vedasi nota 7).

Il metodo per verificare quale sia la distribuzione tendenziale dei ribassi, consiste prima nella elaborazione della "curva cumulativa della frequenza" dei ribassi in funzione della "variabile standardizzata", indi nel riportare tale linea nella carta grafica della probabilità; sicché la valutazione di "accettabilità" consiste nel verificare se la detta curva cumulativa si dispone approssimativamente secondo una retta oppure se questa si discosti ed in quale grado dall'andamento rettilineo.

Dunque, alcune gare rappresentative sono state sottoposte al test statistico<sup>20</sup> c.d. della "carta grafica della probabilità" normale; come noto dalla statistica, ciò consente di valutare con relativa semplicità se la distribuzione di un insieme di valori a disposizione (nel nostro caso il campione è formato dai

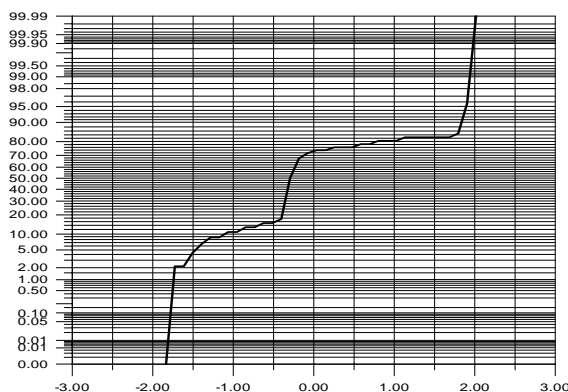
---

<sup>20</sup> Il test si imponeva nel 2004 all'attenzione del Parlamento che richiedeva al Ministero delle Infrastrutture delucidazioni sulla possibilità di recepire le indicazioni date dall'Autorità con documento pubblicato sul relativo sito istituzionale. Delucidazioni che venivano fornite come risposta alla interrogazione n.5-03316 (cfr in G.U. del 1 luglio 2004, Commissione VIII).

ribassi) è tendenzialmente “normale”.

Due esempi valgono ad illustrare la metodologia. Nel primo grafico che segue è riportato il diagramma<sup>21</sup> elaborato per la gara di appalto dell'imbiancatura di una U.L.S.S. svolta nel 2000 con grande numero di partecipanti e valori di ribasso concentrati in due fasce (cordate) rispettivamente intorno al 32-33 % e al 52 %.

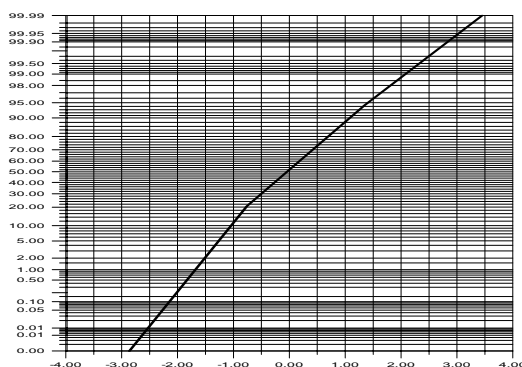
E' evidente come la linea cumulativa si discosta dall'andamento rettilineo.



Mentre il diagramma che segue è stato elaborato per una gara di appalto svolta nel 2003 per la costruzione di una casa municipale.

Nel secondo grafico si evidenzia l'andamento rettilineo della curva cumulativa delle frequenze, ciò che consente di attribuire la distribuzione dei ribassi alla legge normale e quindi ritenere la gara non alterata da significativi condizionamenti.

La risposta della dottrina al metodo visto non sembra negativa. E' stato infatti rilevato che l'esito del test, unitamente ad altri elementi indiziari individuati dalla giurisprudenza, può aiutare le stazioni appaltanti ad individuare situazioni anomale”.<sup>22</sup>



<sup>21</sup> Nelle ascisse figura la variabile standard ( $z$ ), nelle ordinate la curva cumulativa delle frequenze. Il diagramma è tracciabile con l'uso di semplici programmi di libreria che abbiano nel menu le funzioni statistiche. La curva cumulativa e la “carta” sono poi tracciabili con programmi di uso scientifico corrente.

<sup>22</sup> Cfr Botto A., “I collegamenti impropri tra i concorrenti”, nella relazione al convegno IGI del 26 gennaio 2005, Roma.

E' invece da osservare che tale metodo non è adatto ad essere applicato alle aste elettroniche e ciò per due ordini di motivazioni; la prima dovuta all'addensamento di valori solo da un lato della curva di distribuzione, ciò che allontana sempre i ribassi dalla legge gaussiana; una seconda dovuta al criterio di selezione dell'offerta aggiudicataria basato di norma, oltre al prezzo, su altri elementi di valutazione automatici<sup>23</sup>.

7. Per concludere, il criterio del prezzo più basso comporterà il probabile aumento degli sconti a favore della stazione appaltante in quanto questa potrà normalmente accettare ribassi al di sopra della soglia di anomalia.

Tuttavia essa è chiamata a tutelare l'attendibilità delle offerte in un modo nuovo, tutt'altro che formale e teso ad assicurare un mercato realmente concorrenziale e potenzialmente più resistente alle turbative, dato l'interesse dei concorrenti a proporre offerte ben studiate sin dall'origine.

La verifica della congruità delle offerte comporta nondimeno una grande attenzione al rispetto delle articolate procedure previste dal codice, per evitare che gli aspetti positivi del metodo possano rapidamente disperdersi in un ravvivato contenzioso dei concorrenti.

Non può inoltre sottovalutarsi la difficoltà della verifica della congruità delle offerte e il fatto che nessun metodo, per quanto completo e sperimentato, può eliminare del tutto la discrezionalità dell'organo che procede alla verifica medesima.

Occorrerà inoltre sperimentare come le strutture delle stazioni appaltanti, preposte alla verifica di congruità e di più modeste dimensioni, sapranno fronteggiare con scelte coerenti le tematiche esaminate.

Infine da non trascurare la facoltà delle stazioni appaltanti di ricorrere all'art. 6 comma 7 lett. n) del D.Lgs. n.163 del 2006, per richiedere nei casi problematici l'intervento dell'Autorità anche in tema di verifica della congruità delle offerte; in tal caso sembra necessario che il procedimento in seno all'Autorità sia promosso congiuntamente oltre che dalla s.a., dai concorrenti delle offerte anormalmente basse<sup>24</sup>.□

---

<sup>23</sup> Per ampliare vedasi G. Albano e G. Spagnolo, in *Edilizia e Territorio*, n.21, 29 giugno 2006, pag. 8.

<sup>24</sup> Per approfondimenti e spunti interessanti sul tema della composizione stragiudiziale del contenzioso vedasi R. De Nictolis, "La definizione precontenziosa delle liti nel Codice appalti", in *Urbanistica e Appalti*, n.12, 2006, pag.1376 e in "Il nuovo codice degli appalti pubblici", II edizione, EPC Libri, pag.79, della medesima autrice, nonché regolamento dell'Autorità sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art.6 comma 7 lett. n) del D.Lgs. n.163 del 2006, consultabile nel sito istituzionale.