

Leonardo Masi

---

**ANCORA IN TEMA DI  
DETERMINAZIONE DELLA SOGLIA  
DI ANOMALIA NELLE GARE PER  
L’AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI.  
LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL CODICE  
DEI CONTRATTI PUBBLICI  
(D.LG. 12 APRILE 2006 N. 163) IN  
MATERIA DI OFFERTE ANOMALE**

---

Estratto



Milano • Gluffrè Editore

364 - Sez. II — 12 aprile 2006 — Pres. Arosio — Est. Morbelli — Soc. F. (avv. Galli, Petrelli) c. APG (avv. Traverso) e Soc. I. (avv. Mauceri).

- [3972/2616] Giustizia amministrativa • Ricorso giurisdizionale - Termine • Decorrenza • Piena conoscenza • Criterio residuale.
- [3972/2616] Giustizia amministrativa • Ricorso giurisdizionale - Termine • Decorrenza • Conoscenza integrale.
- [3972/1512] Giustizia amministrativa • Ricorso giurisdizionale - Interesse • Condizione dell'azione - Quando sorge • Individuazione.
- [6972/228] Pubblica amministrazione • Contratti della p.a. • Gara - Offerta anomala • Appalti sottosoglia - Esclusione automatica.
- [6972/228] Pubblica amministrazione • Contratti della p.a. • Gara - Offerte anomale - Esclusione del 10 per cento • Riferimento alle offerte.
- [6972/228] Pubblica amministrazione • Contratti della p.a. • Gara • Aggiudicazione • Annullamento • Conseguenze • Caducazione automatica del contratto.
- [6972/228] Pubblica amministrazione • Contratti della p.a. • Gara • Aggiudicazione • Annullamento • Conseguenze • Presupposizione.
- [7296/12] Responsabilità civile • Amministrazione pubblica - Colpa • Adeguamento a orientamento giurisprudenziale • Esclusione - Fattispecie.

*La piena conoscenza del provvedimento impugnato costituisce il criterio residuale di determinazione della decorrenza del termine di impugnazione per il caso in cui il provvedimento non debba essere notificato o non debba essere pubblicato. (1).*

*Solo la conoscenza integrale del provvedimento vale a fare decorrere il termine di impugnazione (2).*

*Se da un lato l'interesse a ricorrere, come condizione dell'azione, esiste ontologicamente nel momento in cui un provvedimento illegittimo incide nella sfera giuridica del soggetto, a prescindere dalla conoscenza che questi ne abbia, dall'altro lato, lo stesso interesse a ricorrere viene percepito e conosciuto dal ricorrente solo nel momento in cui viene conosciuto non solo il dispositivo dell'atto che, in quanto tale, appare idoneo a rendere contezza soltanto del pregiudizio recato all'amministrato (che costituisce solo un aspetto, il primo e fattuale, dell'interesse a ricorrere), ma quando il soggetto ha la conoscenza della motivazione e quindi apprende che la lesione non è solo di fatto ma deriva dalla sussistenza di un vizio di legittimità (3).*

*Nelle gare sottosoglia comunitaria la determinazione della soglia di anomalia determina di per sé la esclusione delle offerte di maggior ribasso ai sensi dell'art. 21 comma 1 bis l. n. 109 del 1994 (4).*

*La norma di cui all'art. 21 comma 1 bis l. n. 109 del 1994 è chiara, nel suo inequivoco tenore letterale, nel riferire l'esclusione del dieci per cento alle offerte e non ai ribassi nelle stesse offerte contenuti (5).*

*In caso di annullamento dell'aggiudicazione la sorte del contratto si configura in termini di caducazione automatica degli effetti o inefficacia sopravvenuta (6).*

*Il previo esperimento della fase di evidenza pubblica opera, in forza della normativa*

applicabile (art. 20 comma 2, l. n. 109 del 1994) e dell'autovincolo derivante dalla lex specialis di gara, secondo un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, di talché l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia (7).

La domanda di risarcimento per equivalente conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione deve essere respinta per difetto dell'elemento soggettivo laddove l'amministrazione si sia attenuta all'orientamento giurisprudenziale prevalente (in specie in tema di calcolo della anomalia dell'offerta) (8).

(1-8) Il testo della decisione è in [www.giuffrè.it/riviste/foro](http://www.giuffrè.it/riviste/foro), 2006, fasc. 4, le massime si riportano per agevolare la consultazione; segue nota di L. MASI.

**[3972/2616] [3972/2364] [6972/228] Ancora in tema di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici. Le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici (d.lg. 12 aprile 2006 n. 163) in materia di offerte anomale.**

**SOMMARIO:** 1. Il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici di lavori. — 2. Problematiche interpretative emerse in ordine al procedimento di cui all'art. 21, comma 1 bis, l. n. 109 del 1994 (c.d. taglio delle ali). — 3. (Segue): il c.d. taglio delle ali del 10% si riferisce alle offerte o ai ribassi? La soluzione in controtendenza offerta dalla sentenza TAR Liguria, sez. I, 7 aprile 2006 n. 347. — 4. L'anomalia delle offerte a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (d.lg. 12 aprile 2006 n. 163). Cenni.

**1. Il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici di lavori.**

L'individuazione della soglia di anomalia nelle procedure di affidamento di lavori pubblici e le conseguenze derivanti dal superamento, da parte di una o più offerte, della predetta soglia, rappresentano aspetti di notevole rilevanza nella dinamica di scelta dell'esecutore di lavori pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni.

Tant'è che il legislatore nazionale è ormai da anni impegnato, da ultimo sulla scorta degli impulsi di provenienza comunitaria, nel tentativo di approntare una disciplina sistematica avente ad oggetto la verifica delle offerte anormalmente basse (1).

Si tratta di coniugare, sul piano normativo, l'esigenza, da un lato, di garantire l'economicità dell'azione amministrativa attraverso l'acquisizione della prestazione necessaria al prezzo più basso, e quella, dall'altro, di impedire che la scelta ricada su offerte disancorate dai valori medi di mercato, che come tali risultino in potenza viziate da fattori che mettano a repentaglio la corretta esecuzione del contratto d'appalto.

Il percorso intrapreso dal legislatore sin dagli anni '70 è, come noto,

(1) Per la ricostruzione dei passaggi più significativi compiuti dal legislatore in materia di anomalia delle offerte v. R. DE NICCOLIS, *Commento all'art. 21*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 611 ss.; A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 11ª ed., Milano, 2003, 562 ss.

approdato all'elaborazione del meccanismo previsto dall'art. 21, comma 1 *bis*, l. n. 109 del 1994 (2).

Tale norma, oggi non più in vigore per effetto della abrogazione disposta dall'art. 256, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE*), rappresenta tuttavia un attuale tema di indagine interpretativa, atteso che l'art. 86, comma 1, del predetto codice, non solo ne ha pedissequamente riprodotto il contenuto, ma addirittura ne ha esteso l'ambito applicativo fino ad includervi, come vedremo, gli appalti pubblici di servizi e forniture, purché anch'essi aggiudicati con il criterio del prezzo più basso.

Tanto premesso, è noto che ai sensi dell'art. 21, comma 1 *bis*, l. n. 109 del 1994 « Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore di euro 5.000.000 di Dsr con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'art. 30 della direttiva n. 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 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 soglia ». Mentre, per quanto riguarda gli appalti di lavori inferiori alla soglia comunitaria, l'ultimo periodo, sempre del comma 1 *bis*, prevedeva che l'amministrazione interessata procedesse « all'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque ».

Ne derivava una sostanziale duplicità di regime, uno per gli appalti sopra-soglia, per i quali le offerte ritenute anomale dovevano essere sottoposte a verifica con le modalità previste dall'art. 89, d.P.R. n. 554 del 1999, ed uno per gli appalti sottosoglia, per i quali l'esclusione era automatica, tranne per l'ipotesi di un numero di offerte valide inferiore a cinque (3).

Il meccanismo di calcolo trae origine dal d.m. ll.pp. 28 aprile 1997, posto in attuazione del previgente art. 21, comma 1 *bis*, l. n. 109 del 1994, d.m. il quale tuttavia non prevedeva l'esclusione del 10% delle offerte di minore e maggiore ribasso, vale a dire il c.d. taglio delle ali, che numerose dispute, come vedremo, ha originato.

Il legislatore ha così inteso ratificare la scelta ministeriale di considerare la soglia di anomalia non un dato di natura esogena, magari da ricavarsi dall'elaborazione dei prezzi di mercato compiuta *aliunde*, bensì un elemento che scaturisca dalla procedura stessa e quindi sia il risultato della misura dei ribassi contenuti nelle offerte presentate.

Scelta assolutamente ragionevole, che tuttavia non è stata supportata da

---

(2) Comma aggiunto dall'art. 7, d.l. 3 aprile 1995 n. 101, sostituito dall'art. 7, l. 18 novembre 1998 n. 415 e successivamente modificato dall'art. 7, l. 1° agosto 2002 n. 166. Tra i commenti alla norma v. L. PAPPALÀ, *La disciplina delle offerte anomale, tra resistenze normative e sfiducia nel mercato*, in questa *Rivista*, 1999, 1299.

(3) Il regime dell'anomalia degli appalti sottosoglia ha subito una sostanziale innovazione per effetto dell'entrata in vigore del d.lg. n. 163 del 2006, come vedremo *infra* § 4.

una tecnica legislativa altrettanto apprezzabile, con le conseguenze che diremo subito appresso.

2. *Problematiche interpretative emerse in ordine al procedimento di cui all'art. 21, comma 1 bis, l. n. 109 del 1994 (c.d. taglio delle ali).*

L'infelice, in quanto oggettivamente poco chiara, formulazione della norma ha dato corso a numerose dispute interpretative, le quali, tuttavia, limitandosi a quelle più rilevanti, possono ridursi sostanzialmente a tre.

Nella prima, ci si poneva il problema di quale fosse la misura totale delle offerte da escludere fittiziamente ai fini del calcolo della « media aritmetica dei ribassi percentuali ».

In altre parole, occorre chiarire se l'inciso « con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso », dovesse intendersi nel senso che il totale delle offerte da escludere fosse pari al 10% delle offerte (quindi il 5% di ognuna delle ali estreme), oppure nel senso che si dovesse escludere il 10% delle offerte di maggiore ribasso ed inoltre il 10% di quelle di minore ribasso, così da giungere all'esclusione, in totale, del 20% delle offerte.

La soluzione che si è affermata, pur in presenza di qualche, invero limitato, segnale dissonante, è stata quest'ultima, imperniata sull'avverbio « rispettivamente » contenuto nella disposizione (4).

La seconda questione interpretativa, oggettivamente più complessa, tanto da indurre l'allora Ministero per i lavori pubblici a richiedere, come diremo, un parere al Consiglio di Stato, riguardava più da vicino il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia.

Ci si domandava, cioè, se il c.d. taglio delle ali dovesse investire non soltanto la prima operazione prevista dall'art. 21, comma 1 bis (e cioè il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali), ma anche la seconda (il calcolo degli scarti medi percentuali delle offerte che superano la suddetta media).

E quindi se, una volta determinata la media aritmetica dei ribassi delle offerte residue dopo il taglio delle ali, all'atto del calcolo della media degli scarti delle offerte che superano la predetta media, si dovessero considerare o meno anche le offerte già escluse nel corso della prima operazione.

I riflessi pratici della scelta dell'una piuttosto che dell'altra opzione risultano non da poco, atteso che nel caso della doppia esclusione delle offerte che ricadono all'interno delle ali avremmo una soglia di anomalia più bassa, con ogni conseguenza in punto di individuazione del soggetto aggiudicatario della gara.

Come si diceva, sulla questione è intervenuto il Consiglio di Stato in sede consultiva, pronunciandosi per la necessità di escludere le offerte ricadenti nell'ala di maggiore ribasso anche nell'ambito dell'operazione di calcolo della media degli scarti percentuali (5).

Il Consiglio di Stato ha motivato la propria tesi soprattutto facendo leva su

---

(4) Tra le tante, Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2001 n. 6431, in questa *Rivista*, 2001, 3189; TAR Campania, sez. I, 6 settembre 1999 n. 2267, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 650, con nota critica di R. DE NICCOLIS.

(5) Cons. St., sez. II, 3 marzo 1999 n. 285, in questa *Rivista*, 2000, 529 e in *Urbanistica e Appalti* 1999, 773 con nota critica di R. DE NICCOLIS.

argomenti di natura logico-sistematica, primo tra tutti quello per cui sarebbe irragionevole considerare, nella determinazione dello scarto medio delle offerte che superano la media aritmetica calcolata al netto delle offerte marginali, quei fattori già esclusi dal primo calcolo, proprio perché ritenuti non in linea con i valori medi di mercato.

In altre parole: « La stessa formula di calcolo diverrebbe disomogenea e irrazionale, perché, per definire la media degli scarti (vale a dire un elemento semplicemente correttivo della media delle offerte) includerebbe nel calcolo fattori già esclusi (le offerte di margine) dall'elemento corretto, che questo non hanno concorso a determinare: sicché, trattandosi di una "correzione" che ha i caratteri e lo scopo di un affinamento ulteriore della media delle offerte da prendere in considerazione ai fini del calcolo, non si vede perché tali fattori prima esclusi dovrebbero ora concorrere a definire questo ulteriore affinamento. Inoltre, dal punto di vista pratico, l'attenuazione dell'effetto dell'accantonamento già operato provocherebbe la determinazione di una soglia di anomalia deviata dai ribassi più accentuati: vale a dire una contraddizione intrinseca non solo al calcolo, ma anche alla *ratio* della legge stessa, che è tesa ad evitare che le offerte disancorate dal mercato possano incidere negativamente sul conteggio » (6).

Alla pronuncia del Consiglio di Stato si sono prontamente adeguati il Ministero dei lavori pubblici (7), i tribunali amministrativi investiti immediatamente della questione (8), nonché, infine, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (9).

Tale tesi, per quanto autorevolmente sostenuta e fondata su argomenti di assoluta dignità, è stata oggetto di robuste critiche da parte di alcuni commentatori (10), i quali hanno opposto sostanzialmente due rilievi. Con il primo, di natura letterale, si è evidenziato che la norma prevede l'esclusione del 10% soltanto per la prima operazione e non anche per la seconda, per cui, trattandosi di norma che tende ad escludere, seppure fittiziamente, alcune offerte da un computo finalizzato all'individuazione del soggetto aggiudicatario, ad essa deve attribuirsi natura eccezionale, da interpretarsi quindi restrittivamente. Con il secondo, si è inteso rimarcare che la soluzione offerta dal Consiglio di Stato conduce, rispetto alla tesi alternativa, all'individuazione della soglia di anomalia in misura inferiore, e quindi all'esclusione (negli appalti sottosoglia) o alla verifica dell'anomalia (in quelli soprastoglia) di un maggior numero di offerte, con la conseguenza che, da un lato, viene leso il principio della massima partecipazione nelle procedure selettive pubbliche e, dall'altro, anche quello di economicità dell'azione amministrativa, atteso che le aggiudicazioni avvengono a prezzi più elevati.

(6) Cons. St., sez. II, 3 marzo 1999 n. 285, *cit.*

(7) Circolare n. 568/508/331 del 19 aprile 1999, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 774.

(8) TAR Toscana, sez. II, 26 aprile 1999 n. 371, in questa *Rivista*, 2000, 569; TAR Campania, sez. I, 10 agosto 1999 n. 2243, *ivi*, 615; TAR Molise, 7 febbraio 2000 n. 22, in *Urbanistica e Appalti* 2000, 649.

(9) Cons. St., sez. V, 11 luglio 2001 n. 3861, in questa *Rivista*, 2001, 1985.

(10) In particolare v. R. DE NICOLIS, nota a commento di Cons. St., sez. II, 3 marzo 1999 n. 285, *cit.*

3. (Segue:) *il c.d. taglio delle ali del 10% si riferisce alle offerte o ai ribassi? La soluzione in controtendenza offerta dalla sentenza TAR Liguria, sez. I, 7 aprile 2006 n. 347.*

La terza questione, che la sentenza annotata ha risolto in contrasto rispetto all'orientamento prevalente della giurisprudenza, riguarda l'ipotesi di due o più offerte di identico ribasso collocate al limite delle ali, talché dall'esclusione di entrambe conseguirebbe il superamento del 10% previsto dalla norma.

Ci si domanda, in altre parole, se l'esclusione ai fini del taglio delle ali debba investire i « ribassi », nel qual caso tutte le offerte identiche dovrebbero essere escluse se solo una di esse ricade in una delle ali, ovvero le « offerte », cosicché dovrebbero essere escluse solo quella (o quelle) fino a concorrenza della soglia del 10% arrotondato all'unità superiore, mantenendo nel computo quella (o quelle) che — sebbene aventi identico ribasso rispetto a quelle escluse — supererebbero la misura del 10% di quelle ammesse.

La tesi che si è affermata in giurisprudenza è quella che vuole la norma riferita ai ribassi e non alle offerte, per cui, in presenza di due offerte aventi un identico ribasso, esse debbono considerarsi — ai fini dell'applicazione della prima delle operazioni previste dall'art. 21, comma 1 *bis* — quale unica offerta, e quindi tutte da escludersi (11).

Tale conclusione si fonda su un argomento di natura logico sistematica, sintetizzabile nei termini che seguono.

Poiché la *ratio* dell'operazione di taglio delle ali è quella di neutralizzare l'effetto distorsivo arrecato al procedimento di determinazione della soglia di anomalia dalle offerte i cui ribassi vengono ritenuti non allineati ai valori di mercato, deve ritenersi che una volta indicato un ribasso non adeguato, in quanto riferito ad offerta ricadente in una delle due ali, sarebbe assolutamente illogico non escludere un'offerta contenente un ribasso identico, e ciò per il solo fatto che tale esclusione comporterebbe il superamento della soglia del 10% prevista dalla norma, soglia che quindi deve intendersi come riferita ai ribassi e non alle offerte.

Le parole del Consiglio di Stato, sul punto, sono le seguenti: « Ad un diverso e più convincente risultato, invece, è possibile pervenire se l'interpretazione è guidata dalla funzione che il legislatore ha attribuito al correttivo del « taglio delle ali », che come si è detto persegue l'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi. Partendo da tale angolo visuale, non v'è dubbio che, nel caso in cui siano più d'una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, l'interpretazione

---

(11) Cons. St., sez. V, 18 giugno 2001 n. 3216, in questa *Rivista*, 2001, 6: « Alla parola « offerte », contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 21 l. 11 febbraio 1994 n. 109, va dato un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Ne deriva che la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia di esclusione, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo della media e dello scarto medio aritmetico »; Cons. St., sez. V, 3 giugno 2002 n. 3068, in questa *Rivista C.d.S.*, 2002, 1437; Cons. St., sez. V, 26 febbraio 2003 n. 1094, in questa *Rivista*, 2003, 618; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 luglio 2005 n. 1117, in questa *Rivista*, TAR, 2005, 2611; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 7 aprile 2005 n. 568, *ivi*, 1264.

suggerita dall'appellante porterebbe al paradosso che l'esclusione dell'offerta, ritenuta fuorviante per definizione, non porterebbe comunque all'eliminazione del ribasso in essa contenuto dal computo della media. Il che rappresenta un risultato esattamente opposto a quello voluto dalla funzione correttiva attribuita al « taglio delle ali » (12).

La sentenza che si annota, invece, pur dando atto nella parte motivazionale dell'esistenza dei citati autorevoli precedenti, propende per la tesi contraria, e cioè che nell'operazione di taglio delle ali prevista dall'art. 21, comma 1 *bis*, l. n. 109 del 1994, l'esclusione debba riferirsi alle offerte e non ai ribassi, e quindi che non possano escludersi offerte in numero superiore al 10% indicato dalla norma.

Il primo argomento su cui fonda il proprio ragionamento il Tribunale ligure è di natura letterale: « Orbene, la norma è chiara nel distinguere le offerte dai ribassi nelle stesse contenute; ne consegue che, riferendo l'esclusione della percentuale del 10% alle offerte, non pare possibile riferire interpretativamente l'esclusione ai ribassi ». Per cui, a fronte di un chiaro disposto normativo che fa riferimento alle « offerte », non risulta consentito all'interprete attribuire al legislatore una volontà diversa, tantomeno a fronte di una norma che — sottraendo, seppure fittiziamente, alcune offerte validamente pervenute — introduce un meccanismo convenzionale, come tale non suscettibile di interpretazioni estensive.

Il secondo passaggio del ragionamento seguito dal TAR Liguria è, invece, di ordine pragmatico, e tende a smorzare gli effetti del principale argomento posto a sostegno della tesi avversa, vale a dire, come si è visto, quello per cui l'esclusione dei ribassi, anziché delle offerte, risponde alla *ratio* della norma che è quella di neutralizzare l'effetto di ribassi eccessivi nella determinazione della soglia di anomalia.

Replica il Collegio ligure invitando a ridimensionare il problema, nel senso che, siccome il problema sul da farsi in caso di identità di ribassi si pone per le offerte poste al margine non estremo dell'ala, il fatto di non escludere dal taglio delle ali tutte le offerte con medesimo ribasso, ma solo quelle fino al limite del 10%, non importa scostamenti significativi nella determinazione della soglia di anomalia.

Ne è prova il caso concreto risolto dalla sentenza annotata, in cui le offerte identiche collocate al margine dell'ala di maggiore ribasso avevano un ribasso del 22,62%, mentre quella esclusa dall'ala, e quindi in ogni caso da computarsi, aveva un ribasso del 22,53%.

Talché, l'adozione della soluzione prescelta dal Tar ligure (esclusione soltanto di una delle due offerte con ribasso del 22,62%), rispetto a quella prevalente (esclusione di entrambe), ha portato a scostamenti nell'ordine di centesimi di punto percentuale nella determinazione della soglia di anomalia.

La sentenza annotata si preoccupa anche di controdedurre all'argomento per cui, riferendosi la norma alle offerte e non ai ribassi, in caso di offerte identiche poste a cavallo dell'ala, vi sarebbe l'impossibilità di escludere l'una piuttosto che l'altra.

Osserva il TAR Liguria che trattasi in realtà di un falso problema, posto che l'operazione di esclusione vale ai soli fini della determinazione della media e

---

(12) Cons. St., sez. V, 18 giugno 2001 n. 3216, *cit.*



quindi della soglia di anomalia, essendo del tutto irrilevanti gli aspetti riguardanti l'individuazione nominalistica delle offerte.

Allo stato è difficile dire se la tesi sostenuta dal TAR Liguria, per quanto conti anche su un altro precedente (13), possa far breccia nel Consiglio di Stato, il cui orientamento pare, come detto, consolidato nel senso opposto.

4. *L'anomalia delle offerte a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (d.lg. 12 aprile 2006 n. 163). Cenni.*

Il tema affrontato dalla sentenza annotata offre l'occasione per esaminare, in questa sede necessariamente in modo schematico, le novità introdotte dal d.lg. n. 163 del 2006 in tema di offerte anormalmente basse.

La disciplina, per gli appalti soprasoglia, è oggi contenuta negli articoli 86 e seguenti del nuovo codice.

La prima importante novità è presente nell'*incipit* dell'art. 86, comma 1, il quale prevede — per le aggiudicazioni che avvengono con il criterio del prezzo più basso — che la determinazione della soglia di anomalia attraverso il meccanismo già previsto dall'art. 21, comma 1 *bis*, l. n. 109 del 1994, venga estesa anche agli appalti pubblici di lavori e forniture (« Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta soglia »), operando così una ragguardevole armonizzazione del sistema.

Per cui il meccanismo già previsto per gli appalti pubblici di lavori aggiudicati con il criterio del prezzo più basso sostituisce i previgenti sistemi di verifica dell'anomalia per gli appalti pubblici di servizi e forniture (14).

La norma, che è inserita nel Titolo I della parte II del codice, intitolato « contratti di rilevanza comunitaria », vale quindi per gli appalti sopra le soglie individuate dall'art. 28, d.lg. n. 163 del 2006 (15).

---

(13) TAR Friuli-Venezia Giulia, 23 agosto 2004 n. 543, in questa *Rivista TAR*, 2004, 1974.

(14) Per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e di servizi nei settori esclusi, la disciplina era contenuta, rispettivamente, nell'art. 19, d.lg. 358 del 1992, nell'art. 25, d.lg. n. 157 del 1995 e nell'art. 25, d.lg. n. 158 del 1995.

(15) Il quale, al comma 1 così lo individua: « a) 137.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b.2), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate dall'allegato IV; b) 211.000 euro: b.1.) per appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'allegato IV; b.2.) per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetti servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci nel Cpv corrispondono ai numeri di riferimento Cpc 7524, 7525 e 7526, servizi elencati nell'allegato II B; c) 5.278.000 euro per gli appalti di lavori pubblici e per le concessioni di lavori pubblici ». L'individuazione della soglia di anomalia attraverso il meccanismo di cui all'art. 86, comma 1, è prevista soltanto in presenza di offerte ammesse superiori a cinque. Diversamente, le stazioni appaltanti, per effetto dell'art. 86, comma 4, del codice, sono

Sennonché, per gli appalti sottosoglia aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, l'art. 122, ultimo comma, (relativo ai lavori), e l'art. 124, ultimo comma (relativo ai servizi e alle forniture), richiamano — ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia — proprio l'art. 86, e, quindi, anche per tali appalti il sistema di individuazione della soglia di anomalia è il medesimo.

Vi sono poi novità relative alle conseguenze derivanti dal superamento della soglia di anomalia.

Per gli appalti di rilevanza comunitaria, in caso di offerte con ribasso uguale o superiore alla soglia determinata ai sensi dell'art. 86, comma 1, è prevista la valutazione di congruità delle offerte anormalmente basse in contraddittorio con l'impresa, secondo quanto previsto dagli artt. 87 e 88.

Le due disposizioni, a differenza del sistema previgente, scandiscono con adeguata precisione, rispettivamente, sia l'oggetto esemplificativo delle giustificazioni, sia il procedimento di verifica in contraddittorio, andando così incontro alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha in più occasioni stigmatizzato la violazione, da parte della normativa nazionale italiana, dell'art. 30, comma 4, della direttiva n. 93/37/CE, oggi sostanzialmente riprodotto dall'art. 55, paragrafi 1 e 2, della direttiva n. 2004/18/CE, che imponeva un effettivo contraddittorio tra l'impresa la cui offerta era sospetta di anomalia e la stazione appaltante (16).

Per quanto riguarda invece gli appalti di lavori sottosoglia, è noto che l'art. 21, comma 1 *bis*, ultimo periodo, l. n. 109 del 1994, disponeva che, in caso di offerta con ribasso uguale o superiore alla soglia determinata ai sensi del primo periodo della richiamata disposizione, si procedesse all'esclusione automatica (17).

Si trattava di una conseguenza sanzionatoria che è stata oggetto di numerose critiche, soprattutto di provenienza comunitaria, per essere l'esclusione automatica contrastante con i principi di libertà di iniziativa economica e massima partecipazione alle competizioni selettive, critiche, tuttavia, non rece-

---

tenute a dare applicazione del precedente comma 3 (« In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa »), talché la qualificazione di un'offerta come anomala viene rimesso sostanzialmente alla discrezionalità della stazione appaltante, la quale tuttavia non può esimersi dal motivare circa gli « elementi specifici » che hanno indotto a tale giudizio. Viene in sostanza confermato quanto già previsto per i lavori pubblici dall'art. 89, comma 2, d.P.R. n. 554 del 1999.

(16) Cfr. in particolare la nota Corte Giustizia, sez. VI, 27 novembre 2001 n. 285, procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99, in questa *Rivista C.d.S.*, 2002, 13, con nota di MACCARONE. Invero, con le modifiche introdotte all'art. 21, comma 1 *bis*, dalla l. 1° agosto 2002 n. 166, il monito del giudice comunitario era stato già in parte raccolto. La direttiva n. 93/37/CE è oggi abrogata dall'art. 82 della direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, recepita appunto attraverso il d.lg. n. 163 del 2006, il cui art. 55 è dedicato all'anomalia delle offerte, con contenuto come detto non sostanzialmente difforme dall'art. 30.4, della direttiva n. 93/37/CE.

(17) Anche in questo caso purché le offerte ammesse fossero almeno cinque, altrimenti la procedura di esclusione automatica non era praticabile e, come previsto dall'art. 89, comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999, il responsabile del procedimento procedeva alla verifica della congruità, previa richiesta di giustificazioni scritte all'impresa.

pite dalla Corte costituzionale, la quale in più occasioni si è invece espressa per la conformità alla carta fondamentale della norma (18).

Più sensibile invece il g.a., il quale ha avuto modo di sottolineare la difficile convivenza tra la norma interna e il diritto sopranazionale (19).

La soluzione adottata dal codice, normata dall'art. 122, comma 9, è quella di confermare l'istituto dell'esclusione automatica, ma soltanto come facoltà di cui le stazioni appaltanti possono avvalersi, a condizione ovviamente che ciò venga indicato e previsto nel bando (20).

Si tratta di un evidente compromesso, che è presumibile produca non pochi strascichi in sede applicativa, visto che viene rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la perduranza nell'ordinamento di un istituto, quello dell'esclusione automatica delle offerte anomale, la cui conformità con il diritto comunitario è stata in più occasioni seriamente dubitata (21).

Un breve cenno, infine, alla disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici con riguardo all'anomalia delle offerte in caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per gli appalti soprasoglia, l'art. 86, comma 2, del codice, prevede che « quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara », mentre il comma 3, con norma di chiusura, ha cura di precisare che « In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa ».

Viene così esteso anche agli appalti di servizi e forniture il meccanismo di

---

(18) Cfr. C. Cost., 25 febbraio 1998 n. 40, in questa *Rivista*, 2000, 337; 30 giugno 1998 n. 258, in *Giust. Cost.*, 1998, 2041; ord. 14 dicembre 1998 n. 442, *ivi*, fasc. 6; ord. 11 marzo 1999 n. 74, in questa *Rivista*, 2000 334.

(19) V. la recente Cons. St., sez. V, Ord. 7 febbraio 2006 n. 489, secondo cui l'art. 21, comma 1 *bis*, ult. periodo, l. n. 109 del 1994 è da interpretarsi nel senso che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di escludere le offerte anomale negli appalti sottosoglia, e, dubitando della conformità al diritto comunitario di tale norma, ha sollevato la relativa questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia. In particolare, nell'interessante ordinanza, il Collegio si domanda se il dettato dell'art. 30.4. della direttiva n. 93/37/CE, ed oggi dell'art. 55, paragrafi 1 e 2 della direttiva n. 2004/18/CE, i quali dispongono il divieto di procedere all'esclusione delle offerte anomale se non previa verifica in contraddittorio con l'impresa, rappresenti un principio fondamentale del diritto comunitario, e quindi sia idoneo a dispiegare la propria forza precettiva nell'alveo degli appalti sottosoglia. Talché, in caso affermativo, le norme domestiche che prevedono l'esclusione automatica per gli appalti sottosoglia possono costituire oggetto di disapplicazione da parte degli operatori e del giudice nazionale.

(20) L'art. 124, comma ult., del codice estende anche agli appalti sottosoglia di servizi e forniture la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere nei bandi l'esclusione automatica delle offerte anomale.

(21) Sotto tale aspetto è da ritenersi che mantenga la propria attualità la questione pregiudiziale rimessa da Cons. St., ord. 7 febbraio 2006 n. 489, *cit.* Infatti, laddove la Corte di Giustizia si pronunciasse nel senso che il divieto di esclusione automatica in assenza di contraddittorio rappresenta un principio dell'ordinamento comunitario, è da ritenersi che anche gli artt. 122, comma 9 e 124, comma ult., del codice dei contratti pubblici sarebbero in contrasto con tale principio.

individuazione della soglia di anomalia già previsto per gli appalti di lavori dall'art. 91, comma ult., d.P.R. n. 554 del 1999, con sostanziali innovazioni, quindi, rispetto alla normativa fino ad ora vigente per gli appalti di servizi e forniture (22).

Per gli appalti sottosoglia, invece, né l'art. 122, per i lavori, né l'art. 124, per i servizi e forniture, prevedono alcuna verifica dell'anomalia delle offerte, analogamente a quanto avveniva nella normativa previgente, salva l'ipotesi di servizi di progettazione di importo inferiore a 200.000 euro, per i quali l'art. 64, comma 6, d.P.R. n. 554 del 1999, prevedeva la verifica con lo stesso meccanismo oggi previsto, in linea generale, dall'art. 86, comma 2, d.lg. n. 163 del 2006 per tutti gli appalti soprastoglia affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (23).

LEONARDO MASI

---

(22) Infatti, per i servizi l'art. 25, comma 3, d.lg. n. 157 del 1995 prevedeva la sottoposizione a verifica di congruità delle offerte che superassero di 1/5 la media dei ribassi, esclusi quelli in aumento, mentre per le forniture l'ipotesi dell'anomalia in caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non era disciplinata, atteso che l'art. 19, comma ult., d.lg. n. 358 del 1992 prevedeva la verifica di congruità unicamente nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso. Per i servizi esclusi, l'art. 25, d.lg. n. 158 del 1995 non prevedeva un meccanismo di individuazione della soglia di anomalia.

(23) Il vuoto normativo è tuttavia soltanto apparente, attesa la perdurante attualità dell'orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2002 n. 4688, in questa *Rivista C.d.S.*, 2002, 2009; sez. V, 12 giugno 2002 n. 3260, *ivi*, 1460) secondo cui la disciplina delle offerte anormalmente basse stabilita per le forniture e per i servizi soprastoglia deve valere anche per quelli inferiori alla soglia comunitaria, perché costituisce espressione del pubblico interesse ad evitare che un eccessivo ribasso sia significativo di un'offerta non affidabile, con la sola differenza costituita dal fatto che per le forniture di valore eccedente la soglia comunitaria la verifica dell'anomalia è obbligatoria, mentre per le altre no. Per queste ultime, tuttavia, la scelta dell'amministrazione di non valutare la congruità dell'offerta più conveniente non si sottrae al sindacato di legittimità sotto il profilo della irragionevolezza, come è regola generale per gli atti espressivi di potestà discrezionali.