

Il rilievo della Commissione Europea circa le offerte anormalmente basse nella lettera costituzione in mora del 24 gennaio 2019¹

SOMMARIO: 1. *Il divieto di sovraregolamentazione nella normativa interna* – 2. *La sovraregolamentazione ed il quadro normativo europeo* – 3. *Il recepimento delle direttive* – 4. *Le contestazioni formulate dalla Commissione*

1. Il divieto di sovraregolamentazione nella normativa interna - La legge 28 gennaio 2016, n. 11 – come è noto – ha dettato i 59 criteri di delega al governo per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Con la consueta sciatteria, il nostro legislatore non ha provveduto alla numerazione dei vari criteri di delega ma ha ritenuto più opportuno indicarli con le lettere dell'alfabeto ma poiché il numero delle stesse è inferiore al numero dei criteri di delega, ecco che questi ultimi sono indicati con lettere che vanno dalla a) alla tripla s).

Il primo di tali criteri – indicato appunto con la lettera a) - fissava il «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*»; esso – peraltro - ribadisce quanto già previsto dall'art. 32, comma 1°, lett. c) della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che – alla successiva lettera f) del medesimo art. 32 – si preoccupa di assicurare il massimo aggiornamento possibile del testo di recepimento, disponendo che «*nella redazione dei decreti legislativi di cui all'articolo 31 (n.d.r. riportato sub nota 3) si tiene conto delle eventuali modificazioni delle direttive dell'Unione europea comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega*»².

¹ Relazione predisposta per il convegno organizzato dall'IGI del 28 febbraio 2019 *Cronaca di una infrazione annunciata*.

Il presente scritto è destinato al volume in memoria di Gianni Di Paolo.

² L'art. 32, *Principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea*, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, dispone che «*1. Salvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione europea e in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare, i decreti legislativi di cui all'articolo 31 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali:*

a) *le amministrazioni direttamente interessate provvedono all'attuazione dei decreti legislativi con le ordinarie strutture amministrative, secondo il principio della massima semplificazione dei procedimenti e delle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni e dei servizi;*

b) *ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, anche attraverso il riassetto e la semplificazione normativi con l'indicazione esplicita delle norme abrogate, fatti salvi i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa ovvero le materie oggetto di delegificazione;*

c) *gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246;*

d) *al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti. In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli articoli 53 e seguenti del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera. Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previ-*

L'art. 14 della legge 246 del 2005, al comma 24 bis, dispone che «gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater»; il comma 24 ter indica in cosa consistano i livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive e dispone che «costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:

a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;

b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;

c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive». Infine, il comma 24 quater del citato art. 14 della legge n. 246 del 2005 prevede che «l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo»³.

sti, le sanzioni indicate dalla presente lettera sono determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. Ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste inoltre le sanzioni amministrative accessorie della sospensione fino a sei mesi e, nei casi più gravi, della privazione definitiva di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, nonché sanzioni penali accessorie nei limiti stabiliti dal codice penale. Al medesimo fine è prevista la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere l'illecito amministrativo o il reato previsti dai medesimi decreti legislativi, nel rispetto dei limiti stabiliti dall'articolo 240, terzo e quarto comma, del codice penale e dall'articolo 20 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Entro i limiti di pena indicati nella presente lettera sono previste sanzioni anche accessorie identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi. Nelle materie di cui all'articolo 117, quarto comma, della Costituzione, le sanzioni amministrative sono determinate dalle regioni;

e) al recepimento di direttive o all'attuazione di altri atti dell'Unione europea che modificano precedenti direttive o atti già attuati con legge o con decreto legislativo si procede, se la modificazione non comporta ampliamento della materia regolata, apportando le corrispondenti modificazioni alla legge o al decreto legislativo di attuazione della direttiva o di altro atto modificato;

f) nella redazione dei decreti legislativi di cui all'articolo 31 (n.d.r. riportato sub nota 3) si tiene conto delle eventuali modificazioni delle direttive dell'Unione europea comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega;

g) quando si verificano sovrapposizioni di competenze tra amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione e le competenze delle regioni e degli altri enti territoriali, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità nell'azione amministrativa e la chiara individuazione dei soggetti responsabili;

h) qualora non siano di ostacolo i diversi termini di recepimento, vengono attuate con un unico decreto legislativo le direttive che riguardano le stesse materie o che comunque comportano modifiche degli stessi atti normativi;

i) è assicurata la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea e non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani».

³ L'art. 31, Procedure per l'esercizio delle deleghe legislative conferite al Governo con la legge di delegazione europea, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, dispone che «1. In relazione alle deleghe legislative conferite con la legge di delegazione europea per il recepimento delle direttive, il Governo adotta i decreti legislativi entro il termine di quattro mesi antecedenti a quello di recepimento indicato in ciascuna delle direttive; per le direttive il cui termine così determinato sia già scaduto alla data di entrata in vigore della legge di delegazione europea, ovvero scada nei tre mesi successivi, il Governo adotta i decreti legislativi di recepimento entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della medesima legge; per le direttive che non prevedono un termine di recepimento, il Governo adotta i relativi decreti legislativi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di delegazione europea. ⁽¹¹⁾

Come si può agevolmente dedurre dalla semplice lettura dell'art. 14, comma 24 *bis* e 24 *ter*, lett. *a*) e *c*), costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie sia l'introduzione, sia il mantenimento di requisiti, di standard, di obblighi ed oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive, sia l'introduzione sia il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

2. I decreti legislativi sono adottati, nel rispetto dell'articolo 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per gli affari europei e del Ministro con competenza prevalente nella materia, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia, dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri interessati in relazione all'oggetto della direttiva. I decreti legislativi sono accompagnati da una tabella di concordanza tra le disposizioni in essi previste e quelle della direttiva da recepire, predisposta dall'amministrazione con competenza istituzionale prevalente nella materia.

3. La legge di delegazione europea indica le direttive in relazione alle quali sugli schemi dei decreti legislativi di recepimento è acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. In tal caso gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi, dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica affinché su di essi sia espresso il parere delle competenti Commissioni parlamentari. Decorso quaranta giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza del parere. Qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma ovvero i diversi termini previsti dai commi 4 e 9 scadano nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini di delega previsti ai commi 1 o 5 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di tre mesi.

4. Gli schemi dei decreti legislativi recanti recepimento delle direttive che comportino conseguenze finanziarie sono corredati della relazione tecnica di cui all'articolo 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Su di essi è richiesto anche il parere delle Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari. Il Governo, ove non intenda conformarsi alle condizioni formulate con riferimento all'esigenza di garantire il rispetto dell'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ritrasmette alle Camere i testi, corredati dei necessari elementi integrativi d'informazione, per i pareri definitivi delle Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari, che devono essere espressi entro venti giorni.

5. Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge di delegazione europea, il Governo può adottare, con la procedura indicata nei commi 2, 3 e 4, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi del citato comma 1, fatto salvo il diverso termine previsto dal comma 6.

6. Con la procedura di cui ai commi 2, 3 e 4 il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive di decreti legislativi emanati ai sensi del comma 1, al fine di recepire atti delegati dell'Unione europea di cui all'articolo 290 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che modificano o integrano direttive recepite con tali decreti legislativi. Le disposizioni integrative e correttive di cui al primo periodo sono adottate nel termine di cui al comma 5 o nel diverso termine fissato dalla legge di delegazione europea. Resta ferma la disciplina di cui all'articolo 36 per il recepimento degli atti delegati dell'Unione europea che recano meri adeguamenti tecnici. ⁽¹²⁾

7. I decreti legislativi di recepimento delle direttive previste dalla legge di delegazione europea, adottati, ai sensi dell'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, si applicano alle condizioni e secondo le procedure di cui all'articolo 41, comma 1.

8. I decreti legislativi adottati ai sensi dell'articolo 33 e attinenti a materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome sono emanati alle condizioni e secondo le procedure di cui all'articolo 41, comma 1.

9. Il Governo, quando non intende conformarsi ai pareri parlamentari di cui al comma 3, relativi a sanzioni penali contenute negli schemi di decreti legislativi recanti attuazione delle direttive, ritrasmette i testi, con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica. Decorso venti giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza di nuovo parere».

I principi enunciati dalla legge 28 novembre 2005, n. 246 e dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234 sono stati ribaditi dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 aprile 2013 che ha la finalità *a*) di individuare «i metodi e i modelli da utilizzare ai fini dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) degli atti normativi di recepimento di direttive europee, ai sensi dell'art. 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater della legge 28 novembre 2005, n. 246» e *b*) di aggiornare «il modello di Relazione AIR, anche in relazione a quanto previsto dall'art. 14 commi 5-bis e 5-ter della legge 28 novembre 2005 n. 246».

La direttiva del Presidente del Consiglio ribadisce che «Le disposizioni richiamate alla lettera *a*) stabiliscono che gli atti di recepimento di direttive europee non possono introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse. Il superamento di tali livelli è consentito unicamente in relazione a circostanze eccezionali valutate nella relazione AIR dalle amministrazioni competenti. Le amministrazioni danno conto, pertanto, del rispetto del livello minimo di regolazione ovvero motivano le ragioni che rendono necessaria l'introduzione di un livello superiore a quello minimo».

Ciò porta a ritenere che il *gold plating* – o sovraregolamentazione – può manifestarsi sia in forma attiva, sia in forma passiva.

È attivo, allorché in sede di recepimento della direttiva, ovvero successivamente ad esso, il legislatore nazionale introduca altri requisiti rispetto a quelli richiesti dall'Unione europea; è passivo allorché la normativa comunitaria sostituisca – in parte – la legislazione nazionale preesistente ma il legislatore nazionale non provvede alla abrogazione delle norme nazionali esistenti che prescrivono requisiti, standard, obblighi od oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive, conservano sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

2. La sovraregolamentazione ed il quadro normativo europeo - La direttiva è una delle fonti del diritto dell'Unione Europea. È adottata congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea al fine dell'assolvimento degli scopi previsti dai Trattati, perseguendo un obiettivo di armonizzazione delle normative degli Stati membri. L'art. 288, comma 3, del trattato – che indica gli atti giuridici dell'Unione – dispone che «*la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*».

A differenza del regolamento – che si applica a tutti gli Stati membri – la direttiva deve essere prima recepita e poiché comporta solo un obbligo di risultato, lascia spazio all'iniziativa normativa di ogni stato cui è diretta. Tale margine di autonomia normativa, tuttavia, non è assoluto poiché l'atto normativo di recepimento deve comunque garantire l'effetto voluto dall'Unione.

È quindi evidente che il recepimento delle direttive deve avvenire restando all'interno di un sentiero i cui confini sono tracciati, da un lato, dalla normativa nazionale che preclude possano essere introdotti livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie e, dall'altro, dalla normativa comunitaria che, salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi, obbliga gli Stati membri in relazione al risultato da raggiungere.

L'obiettivo di fondo è – ovviamente – quello di realizzare un mercato unico che sia disciplinato da regole che se non totalmente identiche, siano quanto meno omogenee e ispirate alle medesime finalità. Ciò in quanto costituisce requisito indispensabile per tentare di creare un mercato unico la realizzazione di un quadro di regole stabile e chiaro, che trovi applicazione indifferenziata in tutti i 28 Stati membri (tenuto conto che, alla data odierna, il Regno Unito è ancora, a tutti gli effetti, uno Stato membro dell'Unione), livellando o addirittura eliminando le differenze tra i vari ordinamenti ed evitando che possa svilupparsi una concorrenza tra ordinamenti, con impropri vantaggi per gli operatori economici le cui attività siano regolate da un ordinamento più favorevole.

Come s'è appena detto, mentre tale obiettivo è immediatamente conseguito mediante i regolamenti – applicabili agli Stati membri senza necessità di alcun recepimento – per le direttive il raggiungimento dell'obiettivo di un quadro normativo omogeneo deriva dalla sostanziale omogeneità del recepimento.

Ovviamente, se l'atto di recepimento si risolve nella pedissequa copia della direttiva – c. d. *copy out* – non sussistono problemi di omogeneità a due condizioni; che tutti gli Stati membri effettuino il recepimento pedissequo delle direttive e che esse siano sufficientemente dettagliate e auto esecutive, sì da non avere significative differenze sul piano applicativo. Ove – come l'Italia ha sempre fatto – uno Stato membro effettui il recepimento elaborando autonomamente il contenuto dell'atto, si espone necessariamente ad una verifica del contenuto dell'atto di recepimento e della sua conformità alle direttive e, più in generale, al Trattato.

L'Unione Europea ha cercato di arginare il fenomeno del c.d. *gold plating* e s'è preoccupata di dettare regole che hanno quale obiettivo quello di garantire la qualità della regolazione intesa quale strumento funzionale a realizzare una reale competitività che consenta il consolidarsi di un mercato interno nel quale i cittadini europei possano esercitare i propri diritti senza artificiosi ostacoli. In questa prospettiva, ciascuno Stato membro deve intervenire costantemente sulla legislazione vigente al fine di renderla comunitariamente compatibile.

Al fine di pervenire a tale scopo, la Commissione ha emanato vari atti relativi al recepimento nel diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno.

Il 12 luglio 2004, la Commissione pubblicò una raccomandazione riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno e rilevò che *«il recepimento tardivo o scorretto delle direttive riguardanti il mercato interno danneggia le imprese e i cittadini in quanto spesso li priva dei loro diritti»*.

Inoltre, il recepimento tardivo o scorretto priva le imprese e i consumatori di una parte dei vantaggi economici di un mercato interno correttamente funzionante e nuoce alla competitività dell'economia europea nel suo insieme, pregiudicando la capacità della Comunità di generare crescita economica e di sostenere al contempo un livello elevato di coesione sociale».

Nella stessa raccomandazione, la Commissione invitò gli Stati membri *«ad astenersi dall'aggiungere negli atti nazionali d'attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire la direttiva di cui trattasi quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva»*.

Il giorno 8 ottobre 2010 la Commissione ha adottato una comunicazione - denominata *«legiferare con intelligenza»* - nella quale si prendono le mosse dalla constatazione che *«i mercati non hanno vita a se stante»*, che *«la normativa ha un ruolo positivo e necessario da svolgere»* e che *«la crisi ha messo in luce l'esigenza di porre rimedio, spesso con vera urgenza, a una regolamentazione incompleta e scarsamente efficace nei suoi esiti»*, per affermare che *«da migliorata, la normativa deve diventare intelligente»*. Al § vi) del punto 2.1. di tale comunicazione la Commissione affermava che avrebbe approfondito l'analisi delle "regole aggiuntive" (il cosiddetto "gold plating") e avrebbe riferito su ogni risultanza significativa.

Il 14 settembre 2011 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione circa una migliore legiferazione, sulla sussidiarietà, la proporzionalità e la normativa intelligente nella quale *«considerando l'importanza fondamentale di una corretta e puntuale attuazione da parte degli Stati membri delle direttive dell'Unione europea, come anche la rilevanza del persistente problema della sovraregolamentazione ("gold-plating") del diritto, intesa come l'introduzione di obblighi maggiori rispetto a quanto previsto dal diritto dell'Unione»*, al punto 19 ha richiamato *«l'attenzione sul fatto che, al fine di garantire il successo dei programmi attuali e futuri per la riduzione degli oneri, è necessaria un'attiva collaborazione tra la Commissione e gli Stati membri, onde evitare divergenze di interpretazione e la cosiddetta sovraregolamentazione ("gold-plating") della normativa (inserendo obblighi più rigorosi per l'attuazione nazionale della legislazione che derivi dal diritto dell'Unione europea)»* e ha invitato *«la Commissione e gli Stati membri a inserire informazioni più esaustive negli obblighi di notifica in seguito all'attuazione della legislazione specifica, al fine di affrontare il problema della cosiddetta sovraregolamentazione ("gold-plating"); ritiene che le divergenze possano essere ridotte in modo significativo se gli Stati membri sono tenuti a presentare pareri motivati a sostegno delle proprie decisioni, al fine di superare le norme stabilite dalle direttive in fase di attuazione»*.

Il 12 dicembre 2012 la Commissione ha pubblicato la comunicazione circa l'adeguatezza della regolamentazione dell'Unione Europea nella quale si dava notizia della prossima attivazione di un programma di controllo dell'adeguatezza dell'efficacia della regolamentazione (denominato REFIT) *«basandosi sulla propria esperienza di valutazione e di riduzione degli oneri amministrativi»* e che esso avrebbe incluso un apposito programma per la riduzione degli oneri amministrativi.

Infine, con la risoluzione del 30 maggio 2018 sull'interpretazione e l'applicazione dell'accordo interistituzionale "legiferare meglio", il Parlamento europeo ha invitato *«la Commissione e gli Stati membri ad agire in modo congiunto e coerente per far fronte alla mancanza di trasparenza e ad altri problemi legati alla sovraregolamentazione ("gold plating")»* ha ritenuto che *«in sede di attuazione e di recepimento degli atti dell'UE, sia necessario distinguere nettamente tra casi di sovraregolamentazione, in cui gli Stati membri introducono obblighi amministrativi supplementari non correlati alla legislazione dell'UE, e la definizione di norme più rigorose che vanno oltre le norme minime applicabili in tutta l'UE per quanto concerne la tutela dell'ambiente e dei con-*

sumatori, l'assistenza sanitaria e la sicurezza alimentare» ed ha espresso l'opinione che «al fine di ridurre i problemi connessi alla sovraregolamentazione, le tre istituzioni dovrebbero impegnarsi ad adottare una legislazione dell'UE che sia chiara, facilmente recepibile e che abbia un valore aggiunto europeo specifico; ricorda che, benché sia opportuno evitare ulteriori oneri amministrativi inutili, ciò non dovrebbe impedire agli Stati membri di mantenere o adottare misure più ambiziose e di introdurre norme sociali, ambientali e in materia di tutela dei consumatori più elevate laddove il diritto dell'Unione definisca soltanto norme minime».

Come si può osservare, le istituzioni comunitarie hanno dedicato particolare attenzione al tema della sovraregolamentazione, individuando in essa un rilevante ostacolo alla creazione di un mercato interno correttamente funzionante.

3. Il recepimento delle direttive - È in questo contesto normativo – nazionale e comunitario – che è avvenuto il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e la successiva emanazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Coerentemente con le disposizioni contenute nell'art. 1, comma 2°, della l. 11 del 2016⁴, è stata effettuata la consultazione delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa; come risulta dai documenti allegati all'analisi di impatto della regolamentazione, fu richiesto ai soggetti invitati ad esprimere le proprie valutazioni, di ordinare, dal più importante al meno importante, alcuni criteri di delega (tra i quali non era riportato quello innanzi indicato *sub lett. a*) né quello – sul quale ci soffermeremo tra breve – *sub lett. ff*). Inoltre, venne richiesto ai soggetti partecipanti alla consultazione di indicare eventuali ulteriori criteri di delega ritenuti di particolare rilevanza.

Solo due - l'A.N.C.E. – Associazione Nazionale Costruttori Edili e il CNA – Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della piccola e media impresa – dei ventitrè soggetti che hanno partecipato alla prima consultazione (una seconda consultazione fu dedicata all'approfondimento dei tempi proposti) si avvalsero di tale seconda facoltà per indicare quale criterio di delega di particolare rilevanza quello di cui all'art. 1, comma 1°, lett. *a*), della legge n. 11 del 2016, dal che è agevole desumere che il problema della sovraregolamentazione non era particolarmente avvertito dai soggetti che hanno partecipato alla consultazione.

L'art. 1, comma 1°, lett. *ff*), della legge n. 11 del 2016 fissava uno specifico criterio di delega in materia di offerta anomala, prevedendo il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la *«regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta»*, nonché – per quanto maggiormente ci riguarda – la *«indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria»*.

In relazione al suddetto criterio di delega, l'ANCE, in sede di consultazione effettuata ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge n. 11 del 2016, propose un emendamento che per i lavori da affidare con il criterio del prezzo più basso e di importo pari o inferiore a € 2.500.000,00, prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale⁵.

⁴ Dispone l'art. 1, comma 2°, della legge n. 11 del 2016 che *«Nell'esercizio delle deleghe di cui al comma 1, la Presidenza del Consiglio dei ministri coordina, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa»*.

⁵ L'ANCE propose il seguente emendamento: *«1. Per i lavori di importo pari o inferiore a 2,5 milione di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante deve prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia determinata applicando uno dei tre seguenti criteri, individuato secondo le modalità di seguito indicate:*

Lo schema di decreto legislativo sottoposto al parere parlamentare⁶, all'art. 97 – all'epoca composto da soli cinque commi -, non conteneva alcuna disposizione in materia di esclusione automatica delle offerte ritenute anormalmente basse. Infatti, il 1° comma dell'indicata norma prevedeva che gli operatori economici dovessero fornire – su richiesta della stazione appaltante – spiegazioni sul prezzo o sui costi ove le offerte fossero state ritenute anormalmente basse; al 2° comma

a) *media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione definitiva del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;*

b) *media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione definitiva del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, decrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che sono inferiori alla predetta media;*

c) *media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione definitiva del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso.*

2. *Il metodo da applicare sarà scelto sulla base del seguente meccanismo: si calcola la somma dei ribassi offerti dai concorrenti; qualora la prima cifra, dopo la virgola, di tale somma si collochi tra i numeri 1 e 4 compresi, sarà utilizzato il metodo di cui alla lettera a); qualora si collochi tra i numeri 5 e 8 compresi, sarà utilizzato il metodo di cui alla lettera b); qualora sia pari a 9 o a 0, sarà utilizzato il metodo di cui alla lettera c).*

3. *La facoltà di esclusione automatica di cui al comma precedente non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10; in tal caso si applica l'articolo*

4. *Il sistema di determinazione della soglia di anomalia di cui al comma 1, si applica anche agli appalti di importo superiore a 2,5 milioni di euro e fino alla soglia comunitaria, che non presentino carattere transfrontaliero; hanno carattere transfrontaliero gli appalti di lavori alle cui procedure di gara siano ammesse, in percentuale pari o superiore al 5 per cento, imprese aventi sede in nazioni dell'Unione Europea diverse dall'Italia».*

L'ANCE motivò tale emendamento affermando che «il codice vigente prevede l'esercizio della facoltà, per le amministrazioni, di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, per gli appalti di importo pari od inferiore ad 1 milione di euro.

L'emendamento proposto mira a rendere l'utilizzo di tale meccanismo obbligatorio, in via definitiva, fino all'importo di 2,5 milioni di euro, ciò come misura di semplificazione delle procedure di affidamento di appalti di importo limitato e come rimedio al fenomeno dei ribassi eccessivamente elevati che possono minare la qualità delle opere realizzate.

L'ipotesi di modifica sostanzialmente consiste nell'individuare tra tre possibili metodi, dopo la presentazione delle offerte, la modalità di determinazione della soglia di anomalia.

I tre diversi metodi sono riassumibili come segue:

il primo costituito dalla cosiddetta media incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media stessa (criterio attuale);

il secondo, identico al primo, ma con la media che viene decrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi che non superano la media stessa;

il terzo consistente in una media "secca" da calcolarsi successivamente al cd. "taglio delle ali".

Il metodo da applicare sarà scelto sulla base del seguente meccanismo: si calcola la somma dei ribassi offerti dai concorrenti; qualora la prima cifra, dopo la virgola, di tale somma si collochi tra i numeri 1 e 4 compresi, sarà utilizzato il primo metodo; qualora si collochi tra i numeri 5 e B compresi, sarà utilizzato il secondo metodo; qualora, infine, sia pari a 9 o a 0, sarà utilizzato il terzo metodo.

Col predetto sistema, si raggiungono due finalità sostanziali:

1. *il forte contenimento delle possibilità di accordi collusivi mirati a pilotare la determinazione della soglia di anomalia delle offerte e, quindi, l'aggiudicazione;*

2. *il calmieramento dei ribassi, dovuto al fatto che, non essendo prevedibile il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia, ed essendo i tre metodi fortemente differenti l'uno dall'altro, le imprese non possono utilizzare dati statistici ai fini dell'indicazione del ribasso, ma dovranno formulare l'offerta sulla base di un'attenta analisi del progetto e dei costi sostenibili in base alla propria organizzazione imprenditoriale.*

Infine, l'emendamento mira ad applicare il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, con le caratteristiche sopra indicate, anche agli appalti di importo compreso sino alla soglia comunitaria, purché non caratterizzati da un interesse transfrontaliero. La Corte di Giustizia, infatti, ritiene che i principi del Trattato siano applicabili anche sotto soglia comunitaria, ma esclusivamente in presenza di un interesse transfrontaliero dell'appalto. La presenza di tale interesse potrebbe essere comprovata dall'ammissione in gara, in percentuale pari o superiore al 5%, di imprese di altri paesi dell'Unione Europea.

La proposta risponde al criterio di cui all'art. 1, comma 1, lett. ff) della legge delega».

⁶ Atti Camera n. 283, XVII legislatura.

indicava gli aspetti suscettibili di spiegazioni, mentre al 3° comma disponeva che l'offerente dovesse essere escluso ove la prova fornita non avesse giustificato sufficientemente il basso livello dei prezzi o di costi proposti⁷.

Il Consiglio di Stato, nel parere espresso dalla Commissione speciale del 1° aprile 2016, n. 855, rimise all'apprezzamento dell'esecutivo l'opportunità di «*re-introdurre una previsione (simile a quella di cui all'art. 125, comma 8 del previgente codice) in base alla quale negli appalti di servizi e forniture sotto soglia può essere disposta l'esclusione automatica delle offerte anomale (una disposizione di contenuto simile attualmente riguarda gli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro per il caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso – art. 122, comma 9 – del codice vigente).*

Vanno infatti conseguiti gli obiettivi di semplificazione richiamati dalla legge di delega e va evitato che, attraverso la mancata esclusione automatica delle offerte anomale, si determini un artificioso incremento della media dei ribassi».

La conferenza delle regioni e delle provincie autonome, pur formulando osservazioni in ordine all'art. 97, non propose modifiche circa l'esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia, né osservazioni in tal senso furono formulate dalle commissioni della Camera e del Senato chiamate ad esprimersi in ordine allo schema di decreto legislativo.

Nella relazione di Analisi di Impatto della Regolazione (AIR), in relazione ai contratti sotto soglia - pag. 52 e ss. – nulla si dice in ordine all'esclusione automatica delle offerte ritenute anormalmente basse e l'Analisi si conclude affermando che «*fermo restando il rispetto di tutti i criteri di delega, l'intervento normativo non introduce livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive*»⁸, ma – lo stesso invio della lettera di costituzione in mora – dimostra che la Commissione Europea è stata di diverso avviso.

4. Le contestazioni formulate dalla Commissione – Al § 1.4. della lettera di costituzione in mora⁹, la Commissione ha contestato che il recepimento dell'art. 69 della direttiva 2014/24/UE e

⁷ Il 4° comma disciplinava la diversa ipotesi di un'offerta anormalmente bassa a seguito di un aiuto di Stato ricevuto dall'offerente che, in ogni caso, doveva essere sentito prima di procedere all'eventuale esclusione che sarebbe stata possibile solo ove il concorrente non fosse riuscito a dimostrare che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107 TFUE.

⁸ Così Analisi di Impatto della Regolamentazione, pag. 63.

⁹ Onde rendere chiari i rilievi formulati, è opportuno riportare l'intero § 1.4. della lettera di costituzione in mora, con il quale la Commissione ha affermato che «*L'articolo 69 della direttiva 2014/24/UE, che riguarda le offerte anormalmente basse, prevede in particolare quanto segue:*

- *Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte, se questi appaiono anormalmente bassi (paragrafo 1).*

- *Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le informazioni fornite consultando l'offerente.*

Esse possono respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello dei prezzi o dei costi proposti (paragrafo 3). Le stesse disposizioni figurano nell'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE. L'articolo 69 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 84 della direttiva 2014/25/UE sono stati recepiti dall'articolo 97 del decreto legislativo 50/2016. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative: il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, il valore del contratto è inferiore alla soglia UE e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a dieci.

La Commissione osserva che la disposizione di cui all'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016, la quale non figura nelle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, è incompatibile con l'articolo 69, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24/UE e con l'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE in quanto, contrariamente a tali disposizioni UE, consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni.

Benché l'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 sia applicabile unicamente al ricorrere di alcune condizioni cumulative (fra cui in particolare il fatto che il valore dell'appalto sia inferiore alla soglia UE e il fatto che il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 10), la Commissione ritiene tuttavia che l'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 sia incompatibile con le disposizioni UE in questione, giacché dalla sentenza della Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06 emerge 1) che, in caso di appalti con un valore infe-

dell'art. 84 della direttiva 2014/25/UE effettuato attraverso l'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016 non sarebbe compatibile con le indicate norme da recepire¹⁰.

riore alla soglia UE, le offerte anormalmente basse possono essere escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato che l'appalto non ha un interesse transfrontaliero certo, e 2) che è consentito fissare una soglia (un numero minimo di offerte ammesse) oltre la quale le offerte anormalmente basse sono escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) purché tale soglia sia sufficientemente elevata da giustificare l'argomento secondo cui un numero di offerte pari o superiore a tale soglia potrebbe obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la loro capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare. Per quanto concerne il punto 1), la Commissione osserva che l'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o no un interesse transfrontaliero certo. Per quanto concerne il punto 2), la Commissione rileva che la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 non sembra essere sufficientemente elevata, in particolare con riferimento alle grandi amministrazioni aggiudicatrici (la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 si applica a tutte le amministrazioni aggiudicatrici, a prescindere dalle loro capacità amministrative).

Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 viola l'articolo 69, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE».

¹⁰ Come indicato nella stessa lettera di costituzione in mora, gli artt. 69 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 84 della direttiva 2014/25/UE – a parte modesti aspetti di ordine formale - sono eguali. Ai fini di un migliore apprezzamento delle contestazioni formulate dalla Commissione, appare opportuno porre a raffronto una delle due norme da recepire, e la disposizione di recepimento; i neretti indicano i commi richiamati dalla Commissione.

Direttiva 2014/24/UE

Articolo 69 Offerte anormalmente basse

1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi.

2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori, c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2; e) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71; f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2. L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

4. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione.

5. Su richiesta, gli Stati membri mettono a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a loro disposizione, quali leggi, regolamentazioni, contratti collettivi universalmente applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli di cui al paragrafo 2.

D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Articolo 97 Offerte anormalmente basse

1. Gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi:

a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;

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

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

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

e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9.

3. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3-bis. Il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

	<p>4. Le spiegazioni di cui al comma 1 possono, in particolare, riferirsi a:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente. <p>5. La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3. b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105; c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16. <p>6. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'<i>articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81</i>. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.</p> <p>7. La stazione appaltante qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'<i>articolo 107 TFUE</i>. La stazione appaltante esclude un'offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea.</p> <p>8. Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.</p>
--	--

In effetti, una comparazione tra le due norme evidenzia differenze significative; infatti, le norme comunitarie prevedono che ove l'offerta prodotta risulti anormalmente bassa, la stazione appaltante possa richiedere spiegazioni sul prezzo e sui costi indicati dal concorrente. Al comma 3, esse dispongono che la stazione appaltante debba effettuare una valutazione in contraddittorio delle informazioni fornite dal concorrente e possa procedere all'esclusione solo ove ritenga che la prova fornita non giustifichi sufficientemente il basso livello dei prezzi o dei costi.

La norma di recepimento prevede che gli operatori economici debbano fornire spiegazioni sui prezzi o sui costi ove le offerte siano state ritenute anormalmente basse. Subordinatamente al fatto che il numero delle offerte ammesse sia almeno pari a dieci, il comma 8 dell'art. 97 del codice dei contratti prevede che ove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso e comunque l'importo dell'appalto sia inferiore alle soglie indicate dall'art. 35, la stazione appaltante possa prevedere l'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2° del medesimo art. 97¹¹.

	9. La Cabina di regia di cui all'articolo 212, su richiesta, mette a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a disposizione, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli di cui ai commi 4 e 5.
--	---

¹¹ Come è noto, il comma 2° dell'art. 97 del codice ha previsto 4 diversi criteri per la determinazione della soglia di anomalia e ha disposto, al fine di non rendere predeterminabili i parametri di riferimento da parte dei candidati, che in sede di gara il RUP o la commissione debbano procedere al sorteggio del metodo da applicare.

I risultati cui si perviene sono significativamente diversi a seconda del metodo che venga sorteggiato e, conseguentemente, applicato. Ne deriva che la soglia di anomalia viene determinata non già in base all'intrinseca congruità del prezzo offerto, bensì in conseguenza del metodo applicato come emerge dal caso pratico allegato a *Calcolo delle soglie di anomalia: un caso pratico*, commento a cura di *Vanessa Caratozzolo, Emanuela Crafa, Irena Dahriu, Beatrice Lanzuolo, Federico Lomacci, Francesco Rizzo, Fabrizio Schillani, Paola Tateo, Chiara Viani, Mattia Vignati*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, qui di seguito riprodotto.

«Al fine di procedere alla concreta applicazione dei 5 metodi, abbiamo ipotizzato la partecipazione di 11 offerte».

E ciò in applicazione del comma 8 dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016:

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

Sviluppiamo ogni singolo metodo, riportando la norma e applicandola:

a) “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;”

Analizziamo la definizione, scomponendola nel seguente modo:

- “con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”

Dopo aver disposto in ordine crescente i ribassi proposti, escludiamo il venti per cento delle offerte presentate con maggiore e minore importo, arrotondando il valore ottenuto all'unità superiore:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

Il 20 % di 11 offerte è pari a 2,2.

Questo risultato è arrotondato alla cifra superiore e si ottiene il valore 3 offerte escluse per lato.

Abbiamo escluso, quindi, le offerte 1-2-3 e 9-10-11:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

- “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse”

Individuiamo la media aritmetica delle restanti offerte secondo la seguente formula:

$$\text{Media} = \frac{\text{Somma offerte ammesse}}{\text{N° offerte ammesse}} = \frac{13,40 + 14,80 + 17,00 + 17,70 + 18,30}{5} = 16,24\%$$

- “incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”

Calcoliamo lo scarto medio aritmetico delle offerte superiori al valore della media (16,24%) secondo la seguente formula:

$$\text{Scarto} = \frac{\text{Somma delle differenze tra le offerte che superano la media e la media stessa}}{\text{N° delle offerte che superano la media}}$$

Interpretiamo “che superano la predetta media” nel seguente modo:

calcoliamo lo scarto medio aritmetico delle offerte ammesse aventi valore superiore alla media aritmetica:

$$\text{Scarto} = \frac{(17,00 - 16,24) + (17,70 - 16,24) + (18,30 - 16,24)}{3} = 1,43\%$$

Sommiamo lo scarto ottenuto (1,43) alla media aritmetica (16,24%):

$$\text{Media} + \text{Scarto} = 17,67\%$$

Si aggiudica la gara l’offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 6 con il 17% di ribasso, come riportato nella seguente tabella riassuntiva:

Caso a)											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20
Media	16.24										
Scarto	1.43										
Media+scarto	17.67	SI AGGIUDICA LA GARA L’OFFERTA 6									

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

Analizziamo la definizione, scomponendola nel seguente modo:

- “con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all’unità superiore”

Dopo aver disposto in ordine crescente i ribassi proposti, escludiamo il venti per cento delle offerte presentate con maggiore e minore importo, arrotondando il valore ottenuto all’unità superiore:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

Il 20 % di 11 offerte è pari a 2,2.

Questo risultato è arrotondato alla cifra superiore e si ottiene il valore 3 offerte escluse per lato.

Abbiamo escluso, quindi, le offerte 1-2-3 e 9-10-11:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

- “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse”

Individuiamo la media aritmetica delle restanti offerte secondo la seguente formula:

$$\text{Media} = \frac{\text{Somma offerte ammesse}}{\text{N° offerte ammesse}} = \frac{13,40 + 14,80 + 17,00 + 17,70 + 18,30}{5} = 16,24\%$$

- “tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata”

Calcoliamo la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi:

$$\text{Somma} = \text{offerta 4} + \text{offerta 5} + \text{offerta 6} + \text{offerta 7} + \text{offerta 8}$$

$$\text{Somma} = 13,40 + 14,80 + 17,00 + 17,70 + 18,30 = 81,20\%$$

Il primo numero dopo la virgola di tale somma è pari, quindi la media calcolata nel punto precedente (16,24%) resta invariata e si aggiudica la gara l’offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 5 con il 14,80% di ribasso, come riportato nella seguente tabella riassuntiva:

Caso b) – PARI											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20
Somma	81.20	PARI									
Media	16.24	SI AGGIUDICA LA GARA L'OFFERTA 5									

Lo stesso procedimento deve essere utilizzato qualora il numero dopo la virgola della somma delle offerte ammesse fosse zero.

- “qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;”

Per spiegare tale affermazione, ai nostri fini, è opportuno introdurre una modifica ad un'offerta, ad esempio la n. 8, con il valore di 19,40% al posto di 18,30%, affinché il primo numero decimale della somma delle offerte ammesse sia dispari:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	19.40	20.10	22.70	28.20

$$\text{Somma} = \text{offerta 4} + \text{offerta 5} + \text{offerta 6} + \text{offerta 7} + \text{offerta 8}$$

$$\text{Somma} = 13,40 + 14,80 + 17,00 + 17,70 + 19,40 = 82,30\%$$

La media è decrementata del valore pari al primo numero decimale, nel nostro caso pari al 3%:

$$\text{Media} = \frac{13,40 + 14,80 + 17,00 + 17,70 + 19,40}{5} = 16,46\%$$

$$\text{Media finale} = \text{Media} - (3\% \text{ della Media}) = 15,97\%$$

Si aggiudica la gara l'offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 5 con il 14,80% di ribasso, come riportato nella seguente tabella riassuntiva:

Caso b) – DISPARI											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	19.40	20.10	22.70	28.20
Somma	82.30	DISPARI									
Media	16.46										
Media(-3%)	15.97	SI AGGIUDICA LA GARA L'OFFERTA 5									

- c) “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del quindici per cento;”

Analizziamo la definizione, scomponendola nel seguente modo:

- “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse”

Dopo aver disposto in ordine crescente i ribassi proposti, individuiamo la media delle offerte proposte secondo la seguente formula:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

$$\text{Media} = \frac{\text{Somma offerte ammesse}}{\text{N° offerte ammesse}}$$

$$\text{Media} = \frac{7,90 + 9,30 + 11,50 + 13,40 + 14,80 + 17,00 + 17,70 + 18,30 + 20,10 + 22,70 + 28,20}{11} = 16,45\%$$

Ora, applichiamo la seconda parte della formula:

- “incrementata del quindici per cento”

La media è aumentata del 15%:

$$\text{Media finale} = \text{Media} + (15\% \text{ della Media}) = 16,45 + (0,15 * 16,45) = 18,91\%$$

Si aggiudica la gara l'offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 8 con il 18,30% di ribasso, come riportato nella seguente tabella riassuntiva:

Caso c)											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20
Media	16.45										
Media(+15%)	18.91	SI AGGIUDICA LA GARA L'OFFERTA 8									

- d) “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento;”

Analizziamo la definizione, scomponendola nel seguente modo:

- “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse”

Dopo aver disposto in ordine crescente i ribassi proposti, individuiamo la media delle offerte proposte secondo la seguente formula:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

$$\text{Media} = \frac{\text{Somma offerte ammesse}}{\text{N° offerte ammesse}}$$

Dunque la media risulta:

$$\text{Media} = \frac{7,9 + 9,3 + 11,5 + 13,4 + 14,8 + 17,0 + 17,7 + 18,3 + 20,1 + 22,7 + 28,2}{11} = 16,45\%$$

- “incrementata del dieci per cento”

La media è aumentata del 10%:

$$\text{Media finale} = \text{Media} + (10\% \text{ della Media}) = 16,45 + (0,10 * 16,45) = 18,09\%$$

Si aggiudica la gara l'offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 7 con il 17,7% di ribasso, come riportato nella seguente tabella riassuntiva:

Caso d)											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20
Media	16.45										
Media(+10%)	18.09	SI AGGIUDICA LA GARA L'OFFERTA 7									

- e) “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9.”

Analizziamo la definizione, scomponendola nel seguente modo:

- “con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”

Dopo aver disposto in ordine crescente i ribassi proposti, occorre escludere il dieci per cento delle offerte presentate con maggiore e minore importo, arrotondando il valore ottenuto all'unità superiore:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

Il 10 % di 11 offerte è pari a 1,1.

Questo risultato, è arrotondato alla cifra superiore e si ottiene il valore di 2 offerte escluse per lato.

Abbiamo escluso, quindi, le offerte 1-2 e 10-11:

	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20

- “Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse”

Individuiamo la media aritmetica delle restanti offerte secondo la seguente formula:

$$\text{Media} = \frac{\text{Somma offerte ammesse}}{\text{N° offerte ammesse}} = \frac{11,5 + 13,4 + 14,8 + 17,0 + 17,7 + 18,3 + 20,1}{7} = 16,11\%$$

- “incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”

Calcoliamo lo scarto medio aritmetico delle offerte superiori al valore della media (16,11%) secondo la seguente formula:

$$\text{Scarto} = \frac{\text{Somma delle differenze tra le offerte che superano la media e la media stessa}}{\text{N° delle offerte che superano la media}}$$

Interpretiamo “che superano la predetta media” nel seguente modo:

calcoliamo lo scarto medio aritmetico delle offerte ammesse aventi valore superiore alla media aritmetica:

$$\text{Scarto} = \frac{(17 - 16,11) + (17,7 - 16,11) + (18,3 - 16,11) + (20,1 - 16,11)}{4} = 2,16\%$$

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

Moltiplichiamo tale scarto per il coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice, o dal RUP, tra i valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9.

Questa affermazione potrebbe avere due interpretazioni, la seconda delle quali porterebbe ad un risultato anormale.

Questa, la prima ipotesi interpretativa:

1. Moltiplichiamo lo scarto per il coefficiente sorteggiato:

$$\text{Scarto finale} = \text{Scarto} * \text{Coefficiente}$$

Per semplificazione interpretativa, calcoliamo lo scarto finale utilizzando il coefficiente minimo (0,6) e quello massimo (0,9):

$$\text{Scarto finale 1} = 2,16 \times 0,6 = 1,30$$

$$\text{Scarto finale 2} = 2,16 \times 0,9 = 1,94$$

Sommiamo lo scarto finale 1 per il valore della media delle offerte ammesse (16,11%):

$$\text{Media finale 1} = \text{Media} + \text{Scarto finale 1} = 17,41\%$$

Si aggiudica la gara l’offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 6 con il 17% di ribasso.

Sommiamo lo scarto finale 2 per il valore della media delle offerte ammesse (16,11%):

$$\text{Media finale 2} = \text{Media} + \text{Scarto finale 2} = 18,06\%$$

Si aggiudica la gara l’offerta immediatamente inferiore al valore trovato, ovvero la n. 7 con il 17,7% di ribasso, come riportato nella seguente tabella riassuntiva:

Caso e) - PRIMA INTERPRETAZIONE											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20
Media	16.11										
Scarto	2.16										
Scarto*0.6	1.30		Media+Scarto*c			SI AGGIUDICA LA GARA L’OFFERTA 6					
Scarto*0.7	1.51		Media+Scarto*c			SI AGGIUDICA LA GARA L’OFFERTA 6					
Scarto*0.8	1.73		Media+Scarto*c			SI AGGIUDICA LA GARA L’OFFERTA 7					
Scarto*0.9	1.94		Media+Scarto*c			SI AGGIUDICA LA GARA L’OFFERTA 7					

Questa invece, la seconda ipotesi interpretativa:

2. Sommiamo la media e lo scarto:

$$\text{Media} + \text{Scarto} = 16,11 + 2,16 = 18,28\%$$

Moltiplichiamo la somma ottenuta per il coefficiente sorteggiato; per semplificazione utilizziamo solo il coefficiente minimo (0,6):

$$\text{Media finale (0,6)} = (\text{Media} + \text{Scarto}) * \text{coefficiente} = 18,28 * 0,6 = 10,97\%$$

In questa ipotesi, non vi è alcuna offerta immediatamente inferiore al valore trovato, poiché sono già state tutte escluse in quanto rientranti nel 10% delle offerte con minor ribasso della media aritmetica. Riassumiamo il risultato nella seguente tabella:

Caso e) - SECONDA INTERPRETAZIONE											
	Offerta 1	Offerta 2	Offerta 3	Offerta 4	Offerta 5	Offerta 6	Offerta 7	Offerta 8	Offerta 9	Offerta 10	Offerta 11
Ribasso %	7.90	9.30	11.50	13.40	14.80	17.00	17.70	18.30	20.10	22.70	28.20
Media	16.11										
Scarto	2.16										
Media+scarto	18.28										
(M+S)*0.6	10.97	INTERPRETAZIONE DI CALCOLO NON VALIDA									

L’interpretazione corretta è quella al punto primo.

Abbiamo verificato con questi casi applicativi che le misure introdotte dal correttivo consentono una corretta applicazione della norma, rispetto al testo originale del d.lgs. 50/2016.

Possiamo concludere che i diversi metodi di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia, considerando le medesime offerte, producono differenti aggiudicatari confermando l’intento del legislatore nel voler evitare una possibile predeterminazione dell’esito della gara.

A conferma di quanto detto riassumiamo nella seguente tabella i risultati ottenuti:

Una analoga norma era contenuta nell'art. 122, comma 9°, del d.lgs. n. 163 del 2006¹².

Come si trae da una semplice lettura, l'art. 97, comma 8°, d. lgs. n. 50 del 2016 subordina la possibilità che la stazione appaltante preveda l'esclusione automatica delle offerte ritenute anomale (poiché presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, comma 2°, del d. lgs. n. 50 del 2016) alla contemporanea ricorrenza delle seguenti condizioni:

- a) che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso;
- b) che l'appalto, sia esso di lavori, servizi o forniture, abbia un importo a base d'asta inferiore alle soglie previste dall'art. 35¹³;
- c) che il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a dieci.

Mentre la due condizioni appena indicate *sub lett. a) e c)* non richiedono precisazioni, quella *sub lett. b)* impone di ricordare che l'art. 95, comma 4°, del d. lgs. n. 50 del 2016, consente di utilizzare il criterio del prezzo più basso per lavori di importo pari o inferiore a € 2.000.000,00 quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base di un progetto esecutivo¹⁴.

Ne deriva che sebbene l'art. 97, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016, subordinatamente alla concorrenza delle altre condizioni, consenta l'esclusione automatica per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie, per i lavori la possibilità di prevedere l'esclusione automatica sussiste solo per appalti di importo pari o inferiore a € 2.000.000,00.

<i>Metodo estratto</i>	<i>Offerta aggiudicatrice</i>	<i>Ribasso %</i>
<i>a)</i>	<i>Offerta 6</i>	<i>17.00%</i>
<i>b) PARI</i>	<i>Offerta 5</i>	<i>14.80%</i>
<i>b) DISPARI</i>	<i>Offerta 5</i>	<i>14.80%</i>
<i>c)</i>	<i>Offerta 8</i>	<i>18.30%</i>
<i>d)</i>	<i>Offerta 7</i>	<i>17.70%</i>
<i>e) Coefficiente 0,6</i>	<i>Offerta 6</i>	<i>17.00%</i>
<i>e) Coefficiente 0,7</i>	<i>Offerta 6</i>	<i>17.00%</i>
<i>e) Coefficiente 0,8</i>	<i>Offerta 7</i>	<i>17.70%</i>
<i>e) Coefficiente 0,9</i>	<i>Offerta 7</i>	<i>17.70%</i>

¹² Disponeva l'art. 122, comma 9°, del d.lgs. n. 206 del 2006 che «Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3».

¹³ A partire dal 1° gennaio 2018 le soglie di rilevanza comunitaria, per i settori ordinari, sono:

- a) € 5.548.000,00 per gli appalti pubblici di lavori e concessioni;
- b) € 144.000,00 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III;
- c) euro 221.000,00 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- d) € 750.000,00 per gli appalti di servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX; mentre per i settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono:
 - a) € 5.548.000,00 per gli appalti pubblici di lavori;
 - b) € 443.000,00 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
 - c) € 1.000.000,00 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

¹⁴ Occorre altresì rammentare che l'art. 36, comma 2°, del d. lgs. n. 50 del 2016 dispone che per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, ma pari o superiore a € 1.000.000,00 debbano essere affidati con procedura ordinaria.

La circostanza che la disposizione circa l'esclusione automatica trovi applicazione solo per appalti di importi inferiori alle soglie comunitarie (nel caso dei lavori, addirittura per un importo ampiamente inferiore alla metà della somma costituente la soglia comunitaria) non ha impedito alla Commissione di formulare i propri rilievi.

Con la sentenza del 15 maggio 2008, resa nei procedimenti riuniti C147 e C148, la Corte di giustizia s'era già occupata dell'esclusione automatica relativa ad appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria. All'epoca, la norma sotto esame era quella contenuta nell'art. 21, comma 1° bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 che al penultimo ed ultimo periodo disponeva che «*relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque*»¹⁵. La Corte di giustizia ritenne che «*occorre rilevare che le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente in ciascuna delle citate direttive (ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard, Racc. pag. I-9505, punto 19). Pertanto, le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 65).*

Ciò non significa tuttavia che questi ultimi appalti siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (...omissis...). Infatti, conformemente alla giurisprudenza costante della

¹⁵ Il comma 1° dell'art. 21 della legge n. 109 del 1994 disponeva che «*L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato:*

a) per i contratti da stipulare a misura, mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari, anche riferiti a sistemi o sub-sistemi di impianti tecnologici, ai sensi dell'articolo 5 della legge 2 febbraio 1973, n. 14, per quanto compatibile;

b) per i contratti da stipulare a corpo, mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante la predetta offerta a prezzi unitari;

c) per i contratti da stipulare a corpo e a misura, mediante la predetta offerta a prezzi unitari.

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

1-ter. L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata può essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base agli elementi di cui al comma 2, lettera a), nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore».

Corte, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non sono soggetti alle procedure previste dalle norme comunitarie, le amministrazioni aggiudicatrici sono nondimeno tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (sentenza *Telaustria e Telefonadress*, cit., punto 60; ordinanza *Vestergaard*, cit., punti 20 e 21; sentenze 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8831, punto 32, e 14 giugno 2007, causa C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, Racc. pag. I-4557, punto 33).

Tuttavia, in conformità alla giurisprudenza della Corte, l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione delle direttive comunitarie presuppone che gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenze 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 29, nonché Commissione/Italia, cit., punti 66 e 67).

Una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale deve quindi essere esaminata alla luce di tali considerazioni»¹⁶.

La Corte, pertanto, ha ritenuto che una norma che precluda agli offerenti che abbiano presentato offerte ritenute anormalmente basse, di produrre giustificazioni a dimostrazione dell'affidabilità dell'offerta sia incompatibile con il diritto comunitario tutte le volte che l'appalto possa presentare un interesse transfrontaliero certo¹⁷. È opportuno chiarire immediatamente che la nozione di interesse transfrontaliero non è soltanto geografica, poiché la Corte di giustizia ha affermato che un appalto di lavori potrebbe presentare tale interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.

È evidente che ove la nozione di interesse transfrontaliero dovesse desumersi da tali scarse indicazioni, non vi sarebbe alcun appalto che non presenti tale interesse. Probabilmente, in ragione di tale consapevolezza, la Corte di giustizia ha cercato di meglio circostanziare la nozione di interesse transfrontaliero affermando che «una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanzarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori. Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, Racc. pag. I-7287, punto 20). È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo»¹⁸.

Più di recente, la Corte di giustizia ha affermato che «per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha già dichiarato che criteri del genere potrebbero sostanzarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15, EU:C:2016:747, punto 20 e giurisprudenza ivi citata)»¹⁹, ed ha condiviso l'opinione della Commissione secondo la quale «l'esistenza di un simile interesse transfrontaliero non possa essere determinato unicamente a partire dal valore di mercato»²⁰.

¹⁶ Così Corte di Giustizia, sentenza del 15 maggio 2008, resa nei procedimenti riuniti C147 e C148, punti 19-22.

¹⁷ Analoghi principi, in tempi più recenti, sono stati affermati da Corte di Giustizia, sez. IX, 19 aprile 2018, n. 65/17 e da Corte di giustizia, grande sezione, 20 marzo 2018, n. 187/16.

¹⁸ Così Corte di Giustizia, sentenza del 15 maggio 2008, resa nei procedimenti riuniti C147 e C148, punto 31.

¹⁹ Così Corte di giustizia, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 187/16, punto 106.

²⁰ Così Corte di giustizia, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 187/16, punto 107

A ben vedere, nella sua proposta di emendamento, innanzi riportata, l'ANCE aveva cercato di circoscrivere la nozione di interesse transfrontaliero assumendo che esso potesse sussistere solo con riferimento agli «*appalti di lavori alle cui procedure di gara siano ammesse, in percentuale pari o superiore al 5 per cento, imprese aventi sede in nazioni dell'Unione Europea diverse dall'Italia*».

Peraltro, anche la sentenza del 21 luglio 2005, causa C-231/03 richiamata nella sentenza del 15 maggio 2008 non indica alcun parametro economico al di sotto del quale può ragionevolmente escludersi l'interesse transfrontaliero e, molto probabilmente, in sede di replica alle osservazioni della Commissione, sarà certamente opportuno rappresentare che il massimo ribasso – per quanto attiene ai lavori – è applicabile solo ad appalti di importo pari o inferiore a € 2.000.000,00.

Ove vi sia un interesse transfrontaliero certo, secondo la Corte di giustizia, «*la regola dell'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse può configurare una discriminazione indiretta, danneggiando in pratica gli operatori degli altri Stati membri che, essendo dotati di strutture dei costi diverse, potendo beneficiare di economie di scala rilevanti o desiderando ridurre al minimo i propri margini di profitto al fine di inserirsi più efficacemente nel mercato di riferimento, sarebbero in grado di presentare un'offerta competitiva e nel contempo seria e affidabile, della quale l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe tuttavia tenere conto a causa della suddetta normativa*»²¹.

Unica eccezione ammessa dalla Corte di giustizia che - anche in presenza di un interesse transfrontaliero - possa giustificare l'esclusione automatica di offerte ritenute anormalmente basse è costituita dall'eventualità che il numero delle offerte ammesse sia eccessivamente elevato, tale da obbligare l'amministrazione interessata a procedere a una verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente elevato da eccedere la capacità operativa di tale amministrazione ovvero da ritardare la realizzazione del progetto a causa dell'ingente tempo necessario per effettuare tale verifica.

Tuttavia, non sembra esservi modo di determinare preventivamente tale numero; nel 2008 la soglia di cinque offerte valide quale condizione necessaria perché operasse l'esclusione automatica non venne ritenuto ragionevole, nel 2018 non è stata ritenuta tale la soglia di dieci offerte ammesse. Peraltro, si badi che la norma censurata – art. 97, comma 8°, d. lgs. n. 50 del 2016 – rende operante l'esclusione automatica solo ove il numero delle offerte ammesse sia superiore a dieci, ma nulla dice in ordine al numero delle offerte ritenute anormalmente basse, che è l'unico rilevante in relazione alla “saturazione” delle capacità gestionali della stazione appaltante.

Se tale questione non sembra di agevole soluzione, a mio avviso tutt'altro che semplice è l'individuazione di un parametro oggettivo che consenta di apprezzare in quali circostanze sussista un interesse transfrontaliero.

Il tentativo effettuato a suo tempo dall'ANCE di ritenere sussistente l'interesse transfrontaliero allorché alla gara avesse preso parte un numero di imprese aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia tale da raggiungere una predeterminata percentuale degli operatori economici partecipanti, anche ove riproposto, non mi pare possa essere destinato al successo poiché l'Unione Europea è gelosa custode dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, per cui si può ritenere che anche la partecipazione alla gara di un solo concorrente “comunitario” avente la propria sede in un Paese diverso dall'Italia faccia ritenere sussistente l'interesse transfrontaliero.

Infine, occorre rammentare che secondo la Corte di Giustizia «*spetta alla Commissione dimostrare che l'appalto di cui trattasi presenta, per un'impresa situata in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo, senza potersi basare su alcuna presunzione in tal senso (v., in tal senso, sentenza del 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda, C-507/03, EU:C:2007:676, punti 32 e 33 nonché giurisprudenza ivi citata)*»²².

²¹ Così Corte di Giustizia, sentenza del 15 maggio 2008, resa nei procedimenti riuniti C147 e C148, punto 26.

²² Così Corte di giustizia, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 187/16, punto 105.

In definitiva, per quanto attiene alla disciplina delle offerte anomale sotto soglia, almeno sul piano teorico, mi pare alquanto difficile confutare le argomentazioni svolte dalla Commissione, salvo – come s'è detto – tentare di dimostrare che in relazione agli appalti interessati dall'art. 97, comma 8°, del d. lgs. n. 50 del 2016 – ossia, per i lavori, quelli di importo pari o inferiore a € 2.000.000,00 - difetti un effettivo interesse transfrontaliero, indicando puntualmente quante procedure di gara siano state attivate a partire dalla data di entrata in vigore del codice e il numero degli operatori economici aventi la propria sede in un Paese dell'Unione Europea diverso dall'Italia che a quelle gare abbiano preso parte.

Avv. Paolo Carbone

Dati relativi all'Autore

Nome: Paolo Carbone

Indirizzo: Via Guido d'Arezzo, n. 28, 00198 Roma

Tel. fisso: 06/44237472

Tel. cell.: 3356117840

Indirizzo e-mail: studio@carbonemancini.com

Luogo e data di nascita: Melfi (Potenza), 31 marzo 1953

Professione: Avvocato del Foro di Roma