



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 492 DEL 10 GIUGNO 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Comune di Ballao – Procedura aperta, ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l’esecuzione dei lavori di sistemazione della viabilità extraurbana (lotto 1)- Importo a base d’asta: euro 450.000,00 oltre Iva – S.A.: Comune di Ballao (SU).

PREC 90/2020/L-PB

Contratti sotto soglia – Esclusione automatica delle offerte – Offerte con identico ribasso inferiori alla soglia di anomalia – Richiesta di offerta migliorativa – Superamento della soglia di anomalia – Non ammissibile – Principio di *par condicio*.

In una procedura sotto soglia da aggiudicarsi al minor prezzo, con applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte, è contraria all’art. 97, comma 8, del Codice nonché ai principi di *par condicio* e non discriminazione la richiesta, da parte della stazione appaltante, di giustificativi sulla congruità dell’offerta alle imprese che hanno proposto un ribasso superiore alla soglia di anomalia, anche se trattasi di ribasso offerto in sede di rilancio, all’esito della richiesta di miglioria delle offerte ai sensi dell’art. 77 del r.d. n. 827/1924. Nel caso di offerte con identico ribasso, immediatamente al di sotto della soglia di anomalia, l’aggiudicatario non può che essere individuato tramite sorteggio.

Art. 97, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016; art. 77 del r.d. n. 827/1924.

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 33629 dell’8 maggio 2020, con la quale il Comune di Ballao ha chiesto all’Autorità di stabilire se in una procedura di gara sotto soglia da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, nella quale è applicabile il meccanismo di esclusione automatica delle offerte, è legittimo – nel caso in cui vi siano due offerte *ex aequo* immediatamente sotto la soglia di anomalia – chiedere ai due operatori la presentazione di un’offerta migliorativa (ai sensi dell’art. 77 del r.d. n. 827/1924) ed affidare l’appalto al concorrente che ha formulato il ribasso più elevato, previa richiesta dei giustificativi, anche se di molto superiore alla soglia di anomalia precedentemente predeterminata. Alternativamente, la SA ha chiesto se, poiché entrambe le offerte migliorative superano la soglia di anomalia, le stesse vadano considerate inammissibili e, ritenendo valida la sola offerta formulata in gara, si debba procedere al sorteggio tra le due offerte *ex aequo*, sempre ai sensi dell’art. 77, comma 2, del citato r.d. n. 827/1924;

VISTO l’avvio dell’istruttoria effettuato con nota prot. n. 35049 del 14 maggio 2020;

VISTA la documentazione in atti, mentre le parti interessate non hanno prodotto memorie;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che l'istanza può essere decisa secondo la procedura semplificata di cui all'art. 11, comma 5, del nuovo 'Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50', pubblicato in G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019;

VISTO il Disciplinare di gara, secondo il quale *“Nel caso in cui siano ammesse alla procedura almeno dieci offerte, ai sensi dell'art. 97, co. 8, del D.lgs. n. 50/2016 (e smi) la stazione appaltante prevede l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, co. 2, 2bis e 2ter del D.lgs. n. 50/2016 (e smi) in relazione al numero di offerte ammesse; la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”* e *“Nel caso di offerte uguali, si procederà alla aggiudicazione a norma dell'art. 77, co. 2, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (e smi)”*. Quanto all'offerta economica era, invece, richiesta la formulazione del ribasso unico percentuale, da indicare in cifre e in lettere con due numeri decimali;

RILEVATO che dai verbali di gara (cfr. verbale del 14.04.2020) si evince che 76 operatori (su 80) sono stati ammessi alla fase di apertura delle offerte economiche e, calcolata la soglia di anomalia (26,87%), sono state esclusi automaticamente dalla procedura ben 39 operatori, le cui offerte superavano la predetta soglia, andando da un ribasso del 29,11% ad uno del 26,88%. Invece, le offerte immediatamente al di sotto della soglia di anomalia erano quelle della ditta Cabras Mariano S.r.l. (con un ribasso del 26,788%) e di CO.GE. S.r.l. (con un ribasso del 26,786%), da considerarsi *ex aequo*, in quanto il disciplinare vincolava la SA a prendere in considerazione solo le prime cifre decimali (sulla legittimità di tale previsione cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2006, n. 2787);

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 97, comma 8 del D.lgs. n. 50/2016 (come modificato dalla L. n. 55/2019 di conversione del D.L. n. 32/2019 cd. Decreto Sblocca cantieri), *“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, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede 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 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6 [relativi alla richiesta di giustificativi e alla valutazione di congruità delle offerte]. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”*. La finalità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte è quella di semplificare e accelerare le procedure di affidamento dei contratti non soggetti all'applicazione delle più stringenti regole previste dalle direttive europee, evitando che la SA sia costretta a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero elevato di offerte ritenute non affidabili, al punto da ritardare oltre misura un affidamento improntato ad esigenze di rapidità. Trattandosi, tuttavia, di un'eccezione rispetto alla regola che impone la verifica in contraddittorio della congruità delle offerte sospette, tale meccanismo va applicato in via tassativa in presenza delle quattro condizioni cumulative richieste dalla richiamata disposizione: appalto sotto soglia, carattere non transfrontaliero dell'affidamento, aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, ammissione di almeno 10 offerte;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, in termini generali, ha rilevato la contrarietà all'ordinamento europeo dell'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse, in applicazione delle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nonché del principio generale di non discriminazione (CGCE, IV, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06). La Corte europea ha, tuttavia, ritenuto di poter consentire margini di flessibilità nelle procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria che, oltre a non presentare un interesse transfrontaliero, vedono la partecipazione di un numero elevato di imprese, evidenziando che *“l'esclusione automatica di talune offerte a causa del loro carattere anormalmente basso potrebbe rivelarsi accettabile qualora il ricorso a tale regola sia giustificato dal numero eccessivamente elevato delle offerte, circostanza questa che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice interessata a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente elevato da eccedere la capacità amministrativa della detta amministrazione aggiudicatrice ovvero da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare”*. Il Consiglio di Stato (Comm. Speciale, 22 marzo 2017, n. 782) ha, pertanto, sottolineato che: *“la possibilità di prevedere l'esclusione automatica in appalti sotto-soglia di importo poco rilevante che hanno registrato l'ammissione di un numero elevato di offerte attua in modo efficace i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza oltre che quello di proporzionalità, principi questi richiamati all'art. 30, codice”*;

CONSIDERATO che il meccanismo *de quo* è tutt'oggi operante ed invero il legislatore, pur avendolo escluso in presenza di un appalto sotto soglia di interesse transfrontaliero certo (adempiendo al rilievo effettuato dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273), con la citata legge n. 55/19 lo ha rafforzato, eliminando il carattere facoltativo della previsione da parte della SA (mediante la sostituzione della locuzione *“può prevedere”* con *“prevede”*), e rendendolo doveroso nelle procedure che rispettano le quattro condizioni sopra richiamate fissate dall'art. 97, comma 8, del Codice;

CONSIDERATO, altresì, che è tutt'oggi vigente (perché mai abrogata) la disposizione di cui all'art. 77, comma 2, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato) – espressamente richiamato nel caso di specie dal Disciplinare di gara – secondo la quale *“Ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta, ovvero nel caso in cui le offerte debbano essere contenute entro il limite di cui al secondo comma dell'articolo 75 e all'ultimo comma dell'articolo 76, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario”*. Essa ha valenza generale e si applica in tutte le procedure di gara, a prescindere da un suo esplicito richiamo nella *lex specialis*, e comporta che, in caso di offerte uguali, va esperito il tentativo di miglioria delle offerte, mentre il sorteggio ha carattere residuale (cfr. *ex multis* Pareri dell'Autorità n. 102 del 27 giugno 2012; n. 133 del 19 novembre 2009; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 16 giugno 2017, n. 1454; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 3 febbraio 2005, n. 988; C.G.A., 15 febbraio 2005, n. 61; C.G.A., 8 maggio 2006, n. 182; Id., C.G.A., 22 giugno 2006, n. 309; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2004 n. 4362);

RILEVATO che, nel caso di specie, si tratta di verificare se il citato art. 77 del r.d. 827/1924, in una procedura con esclusione automatica delle offerte nella quale le due offerte sotto la soglia presentano



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

identico valore percentuale di ribasso, renda sempre obbligatorio il tentativo di miglioria dell'offerta e se il rilancio è ammissibile anche in caso di superamento della soglia ovvero se, in tale peculiare situazione, l'unica soluzione è quella di procedere al sorteggio;

TENUTO CONTO che sulla suddetta questione non si registra in giurisprudenza un orientamento univoco. La giurisprudenza maggioritaria di primo grado (sia pure con riferimento all'art. 21, comma 1-bis, della L. 109/1994) ha ritenuto inapplicabile il solo il sorteggio, senza il preventivo tentativo di miglioria dell'offerta, in quanto *“diversamente opinando, potrebbe addivenirsi, all'aggiudicazione sulla base di un'offerta complessiva di ribasso (determinata dalla somma, a quella originaria, dell'offerta migliorativa), uguale o superiore al limite di ribasso segnato dalla soglia di anomalia: vale a dire, sulla base di un'offerta che potrebbe recare una percentuale di ribasso addirittura superiore ad offerte (legittimamente) escluse come anomale per avere superato tale soglia: ciò che non sembra compatibile con la ratio della delineata disciplina di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici d'importo inferiore alla soglia comunitaria, basata sulla esclusione automatica delle offerte individuate come anomale all'esito dello specifico procedimento a tal fine stabilito”* (così TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 9 marzo 2006, n. 571; Id., sez. II, 20 gennaio 2005 n. 87; Id., sez. III, 11 novembre 2005, n. 5232; Id., 16 settembre 2005, n. 1604; TAR Sicilia, Catania, 11 gennaio 2005, n. 19; TAR Veneto, sez. I, n. 3742/2006). In senso contrario si è espresso il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, ritenendo che vada sempre esperito il tentativo di miglioria e che *“ove risultino vincenti offerte migliorative contenute nei limiti della soglia come calcolata dal seggio di gara, l'appalto potrà essere aggiudicato direttamente alla ditta offerente. Ove la soglia venga superata sarà invece necessaria la verifica della anomalia. Solo in difetto di offerte migliorative e, se anomale, in difetto di valida giustificazione, potrà procedersi al sorteggio”* (C.G.A.R.S., 8 maggio 2006, n. 182; in termini, C.G.A.R.S., 23 luglio 2007, n. 696);

CONSIDERATO che l'Autorità, con Determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 (avente ad oggetto *“Il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse con particolare riferimento al criterio del prezzo più basso”*), ha evidenziato che *“qualora il bando preveda l'esclusione automatica delle offerte che contengano un ribasso percentuale pari o superiore alla cosiddetta “soglia di anomalia” e qualora vi siano almeno dieci offerte ammesse si procede: alla esclusione effettiva di tutte le offerte i cui ribassi siano pari o superiori alla soglia di anomalia e, quindi, anche di quelle offerte relative a quel dieci per cento che non ha contribuito alla determinazione delle medie; ad aggiudicare l'appalto al concorrente la cui offerta di ribasso si avvicina di più alla “soglia di anomalia”; in caso di parità si procede per sorteggio; alla verifica -qualora il ribasso offerto in base ad elementi specifici appaia anormalmente basso - della congruità dell'offerta”*;

RITENUTO, dunque, di dovere ribadire quanto precisato dall'Autorità nella richiamata Determinazione n. 6/2009, per cui, se vi sono offerte al di sotto la soglia di anomalia con identico valore di ribasso, l'aggiudicatario non può che essere individuato tramite sorteggio. In questa particolare situazione, trova sì applicazione l'art. 77, comma 2, del r.d. n. 827/1924, ma esclusivamente la sua seconda parte, secondo la quale *“nel caso in cui le offerte debbano essere contenute entro il limite di cui al secondo comma dell'articolo 75 e all'ultimo comma dell'articolo 76, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario”*. La soglia di anomalia precedentemente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

determinata rappresenta, in un certo senso, un limite di affidabilità dell'offerta non superabile neppure in caso di eventuale rilancio;

CONSIDERATO, peraltro, che l'adesione alla tesi opposta avallata dal C.G.A.R.S. (che consente di condurre la verifica di anomalia nei confronti dell'offerta in rilancio) non appare compatibile con la formulazione vigente dell'art. 97, comma 8, del Codice, che espressamente esclude l'applicazione dei commi 4, 5 e 6 dell'art. 97 in caso di esclusione automatica; per cui non è applicabile neppure la previsione secondo cui *“la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”* (ultimo periodo del comma 6). Inoltre, tale tesi comporterebbe una palese violazione del principio di *par condicio* (cardine di tutte le procedure di gara, ed anche degli affidamenti sotto soglia, espressione del principio costituzionale di cui all'art. 3 Cost.), nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione (i quali impongono che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implicano quindi che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti);

RILEVATO, infatti, che, nel caso di specie, il superamento della soglia di anomalia (26,87%) ha comportato l'automatica esclusione dalla gara di ben 39 concorrenti e che (come si evince dai verbali) il rilancio offerto da entrambe le ditte a cui è stata richiesta la migliororia (Cabras Mariano S.r.l. 32,66% - CO.GE. S.r.l. 30,56%) è superiore al massimo ribasso offerto dal concorrente rientrando nell'ala superiore ed escluso automaticamente dalla gara (29,11%). Di conseguenza, la richiesta di giustificativi e (nel caso di ritenuta congruità dell'offerta di rilancio) l'eventuale aggiudicazione all'offerente il massimo rilancio comporterebbe una palese violazione dei principi di parità di trattamento e non discriminazione nei confronti dei 39 operatori ed, in particolare, della ditta offerente il maggior ribasso in sede di offerta, alla quale (correttamente) non sono stati richiesti i giustificativi;

RITENUTO, infine, che, vista l'irrisorietà del differenziale tra i ribassi identici e la soglia di anomalia (di appena 0,09 euro), anche al fine di evitare accordi collusivi tra le due ditte, l'unica soluzione è quella di procedere al sorteggio tra le due offerte *ex aequo* presentate in gara, mentre il tentativo di migliororia comporterebbe (come è avvenuto) il superamento del limite già definito per considerare l'offerta anomala.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che non sia conforme all'art. 97, comma 8 del Codice nonché ai principi di *par condicio* e non discriminazione la richiesta, da parte della stazione appaltante, di giustificativi sulla congruità dell'offerta alle imprese che hanno proposto un ribasso superiore alla soglia di anomalia, nel caso in cui opera il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte, anche se trattasi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di ribasso formulato all'esito della richiesta di miglioria dell'offerta, ai sensi dell'art. 77 del r.d. n. 827/1924. Nel caso di offerte con identico ribasso, immediatamente al di sotto della soglia di anomalia, l'aggiudicatario non può che essere individuato tramite sorteggio.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente