

Nelle gare di appalto dopo l'apertura delle buste si a giustificazioni di prezzi al di sotto della soglia

Corte di giustizia delle Comunità europee - Sezione VI - Sentenza 27 novembre 2001
Cause riunite C-285/99 e C-286/99

(Presidente ff.: Colneric; Relatore: Schintgen; Avvocato generale: Ruiz-Jarabo Colomer;
Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Consiglio di Stato - Italia;
Impresa Lombardini Spa - Impresa Generale di Costruzioni
contro Anas - Ente nazionale per le strade e Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA;
Impresa Ing. Mantovani Spa contro Anas - Ente nazionale per le strade e Ditta (...);
Interveniente: Coopsette Soc. coop. arl)

Soffiano venti di riforma sulla Merloni-bis con la presente pronuncia della Corte di giustizia. Ben due rinvii pregiudiziali hanno portato la Corte Ce ha fornire la corretta interpretazione della direttiva 93/37/Cee sugli appalti di lavori, con conseguente valutazione delle norme italiane sulla materia. Di fatto, sono state dichiarate in contrasto con l'ordinamento comunitario le norme della Merloni-bis, che non consentono di giustificare i singoli prezzi delle offerte successivamente all'apertura delle buste e quelle che limitano i criteri in base ai quali gli offerenti possono offrire spiegazioni puntuali sul ribasso dei prezzi. Passa, invece il vaglio dei giudici comunitari la prassi di richiedere in fase di presentazione delle offerte le giustificazioni dei prezzi relativi almeno al 75% dell'importo posto a base dell'asta. (Pa.Ros.)

Sentenza

1. Con due ordinanze in data 26 maggio 1999, pervenute nella cancelleria della Corte il 30 luglio seguente, il Consiglio di Stato ha sottoposto, ai sensi dell'art. 234 CE, cinque questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54; in prosieguo: la «direttiva»).

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di due controversie che oppongono le società di diritto italiano Impresa Lombardini Spa - Impresa Generale di Costruzioni (in prosieguo: la «Lombardini») (C-285/99) e Impresa Ing. Mantovani Spa (in prosieguo: la «Mantovani») (C-286/99) all'ANAS - Ente nazionale per le strade (in prosieguo: l'«ANAS»), amministrazione aggiudicatrice di diritto pubblico italiano, relativamente al rigetto delle offerte presentate dalla Lombardini e dalla Mantovani in due procedure ristrette di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori per il motivo che tali offerte erano anormalmente basse.

Ambito normativo

La normativa comunitaria

3. La direttiva è stata adottata sulla base degli artt. 57, n. 2, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 47, n. 2, CE), 66 del Trattato CE (divenuto art. 55 CE) e 100 A del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 95 CE).

4. Ai sensi del secondo considerando, «la realizza-

zione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti».

5. L'art. 30 della direttiva, che figura nel capitolo 3, intitolato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», del titolo IV, intitolato «Norme comuni di partecipazione», stabilisce:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

a) o unicamente il prezzo più basso;

b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

(...)

4. Se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite.

L'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del procedimento di costruzione o le soluzio-

ni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto dell'offerente.

Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'attribuzione al prezzo più basso, l'amministrazione appaltante deve comunicare alla Commissione il rifiuto delle offerte giudicate troppo basse.

Tuttavia, per un periodo che si estende sino alla fine del 1992 e se la legislazione nazionale in vigore lo permette, l'amministrazione aggiudicatrice può eccezionalmente e fatta esclusione di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, senza dover rispettare la procedura prevista al primo comma, nel caso in cui il numero delle offerte per un appalto determinato sia talmente importante che l'attuazione di questa procedura condurrebbe ad un ritardo sostanziale e comprometterebbe l'interesse pubblico per la realizzazione dell'appalto in questione (...).

La normativa nazionale

6. L'art. 30, n. 4, della direttiva è stato recepito nell'ordinamento italiano con l'art. 21, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (GURI n. 41 del 19 febbraio 1994, pag. 5), legge quadro in materia di lavori pubblici.

7. Nella versione risultante dall'art. 7 del decreto legge 3 aprile 1995, n. 101 (GURI n. 78 del 3 aprile 1995, pag. 8), convertito con la legge 2 giugno 1995, n. 216 (GURI n. 127 del 2 giugno 1995, pag. 3), tale disposizione è così formulata:

«Nei casi di aggiudicazione di lavori pari o superiori ai 5 milioni di ECU con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'art. 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso superiore alla percentuale fissata entro il 1° gennaio di ogni anno con decreto del Ministro dei lavori pubblici, sentito l'Osservatorio, sulla base dell'andamento delle offerte ammesse alle gare esplesate nell'anno precedente.

A tal fine la pubblica amministrazione può prendere in considerazione esclusivamente giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione, comunque, di giustificazioni relativamente a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali. 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% di quello posto a base d'asta».

8. Con i decreti ministeriali 28 aprile 1997 (GU-

RI n. 105 dell'8 maggio 1997, pag. 28) e 18 dicembre 1997 (GURI n. 1 del 2 gennaio 1998, pag. 26), entrambi emanati ai sensi dell'art. 21, comma 1-bis, primo periodo, della legge n. 109/94, modificata, e recanti individuazione della soglia di anomalia delle offerte nelle gare di appalto, il Ministro dei Lavori pubblici, nella riconosciuta impossibilità di fissare una soglia di anomalia unica per tutto il territorio nazionale ed in considerazione della mancata costituzione dell'Osservatorio dei lavori pubblici, ha stabilito che la percentuale di ribasso che determina l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice, di sottoporre a procedura di verifica l'offerta anomala andasse fissata, per gli anni 1997 e 1998, «nella misura pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media».

Cause principali e questioni pregiudiziali

Procedimento C-285/99

9. Nel 1997 la Lombardini ha partecipato ad una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori indetta dall'ANAS per l'esecuzione di lavori di adeguamento a tre corsie di un tratto di autostrada per un importo a base d'asta di ITL 122 250 216 000.

10. Sia nel bando di gara sia nella lettera d'invito a presentare un'offerta si precisava che l'aggiudicazione di tale appalto sarebbe avvenuta in conformità all'art. 21 della legge n. 109/94, modificata dalla legge n. 216/95, secondo il criterio del massimo ribasso sull'elenco dei prezzi e sull'importo delle opere a corpo posti a base di gara e che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe determinato quali offerte fossero considerate anormalmente basse secondo il criterio fissato dal decreto ministeriale 28 aprile 1997.

11. In conformità al citato art. 21, comma 1-bis, la lettera d'invito imponeva agli offerenti di presentare, a corredo dell'offerta, le giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative equivalenti al 75% dell'importo posto a base di gara. L'offerta e le delucidazioni sulla sua composizione dovevano essere redatte, a pena di esclusione, secondo gli schemi allegati a tale lettera d'invito e dovevano essere inclusi nella busta contenente la documentazione amministrativa. Si precisava altresì che la documentazione giustificativa occorrente alla verifica della serietà dei prezzi offerti per le componenti significative dell'appalto doveva, sempre a pena di esclusione, essere inserita in una busta separata e sigillata, la quale sarebbe stata aperta, ed il relativo contenuto esaminato, solo per le offerte che presentavano un ribasso superiore alla soglia aritmetica di anomalia. Nel caso in cui l'appalto fosse aggiudicato ad un offerente la cui offerta presentava un tale ribasso, si prevedeva inoltre che le analisi dei prezzi e le giustificazioni presentate a sostegno dell'offerta avrebbero costituito parte integran-



te di quest'ultima e sarebbero state allegare al contratto di appalto con forza di contratto.

12. Dopo aver fissato, secondo le modalità previste nel decreto ministeriale 28 aprile 1997, la soglia di anomalia al 28,004% per l'appalto di cui trattasi, la competente autorità ha proceduto unicamente all'apertura delle buste contenenti la documentazione giustificativa relativa alle sole offerte che presentavano un ribasso risultato superiore a tale soglia, tra cui figurava quella della Lombardini.

13. In esito all'esame di tale documentazione, essa ha dichiarato irricevibili tutte le offerte che presentavano un ribasso superiore a tale soglia, senza tuttavia concedere alle imprese interessate la possibilità di fornire giustificazioni ulteriori dopo che le loro offerte erano state ritenute anormalmente basse e prima che fosse avvenuta l'aggiudicazione dell'appalto.

14. Pertanto, l'offerta della Lombardini, che prevedeva un ribasso del 29,88% è stata esclusa e l'appalto è stato aggiudicato alla Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA, la cui offerta, con un ribasso del 27,70%, era risultata la più bassa delle offerte che non erano state considerate anormalmente basse.

15. La Lombardini ha allora presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, facendo valere che la normativa italiana non era conforme alle prescrizioni della direttiva, in quanto, per dissipare ogni sospetto di anomalia, non sarebbe stato sufficiente valutare le giustificazioni fornite all'atto della presentazione dell'offerta, le quali peraltro potevano riguardare solo il 75% dell'importo posto a base d'asta, ma, alla luce della direttiva, sarebbe stata indispensabile una successiva richiesta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice all'impresa interessata di precisazioni e chiarimenti attraverso l'effettiva instaurazione di un contraddittorio.

16. Avendo il Tribunale amministrativo respinto il suo ricorso con decisione 1° luglio 1998, la Lombardini ha portato la controversia dinanzi al Consiglio di Stato.

17. Quest'ultimo sottolinea che la normativa e la prassi amministrativa italiane impongono agli imprenditori che partecipano ad una gara di fornire, già in fase di presentazione dell'offerta, giustificazioni, redatte su appositi moduli per almeno il 75% del prezzo indicato a base d'asta, a pena di esclusione automatica dell'offerta, mentre tali operatori non sono in grado di conoscere, al momento della presentazione della loro offerta e prima dello spoglio di tutte le offerte ammesse alla gara, il livello di ribasso considerato anomalo dall'amministrazione aggiudicatrice. Esso ritiene che la soluzione della controversia richieda di stabilire se tale situazione giuridica sia conforme alla direttiva o se, al contrario, la direttiva imponga all'amministrazione aggiudicatrice

di realizzare la fase del contraddittorio successivamente alla presentazione delle offerte, con una verifica individuale compiuta dialetticamente con l'impresa interessata, senza preclusioni temporali circa gli elementi che quest'ultima possa fornire per corroborare l'attendibilità dell'offerta.

18. Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, deve essere accertata la conformità con il diritto comunitario della normativa italiana, in quanto essa esclude qualsiasi giustificazione relativa agli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali. Tale disposizione potrebbe infatti risultare incompatibile con il diritto comunitario, in quanto rischierebbe di pregiudicare il gioco della libera concorrenza e di violare il principio secondo cui occorre ricercare le imprese che hanno presentato la migliore offerta, principio che dovrebbe essere considerato fondamentale nell'ordinamento giuridico comunitario.

19. Ritenendo che la soluzione della controversia richiedesse pertanto l'interpretazione del diritto comunitario, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione di clausole di bandi di gara per appalti pubblici, che impediscano la partecipazione di imprese che non abbiano correato le proprie offerte con giustificazioni del prezzo indicato, pari ad almeno il 75% del valore richiesto a base d'asta.

2) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione di un meccanismo di rilievo automatico della soglia di anomalia delle offerte da sottoporre a verifica di congruità, fondato su un criterio casistico ed una media aritmetica, tale da non consentire agli imprenditori di conoscere preventivamente tale soglia.

3) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione di un contraddittorio anticipato, senza che l'impresa cui è ascritta la presentazione di un'offerta anomala abbia la possibilità di far valere le sue ragioni, dopo l'apertura delle buste e prima dell'adozione del provvedimento di esclusione.

4) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione che l'amministrazione aggiudicatrice possa prendere in considerazione giustificazioni riguardanti esclusivamente: l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente.

5) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 l'esclusione di giustificazioni relative ad elementi i cui valori minimi sono rilevabili da listini ufficiali».

Procedimento C-286/99

20. Nel 1997 la Mantovani ha partecipato ad una licitazione privata indetta dall'ANAS per l'esecuzione di lavori di costruzione di un tratto di strada provinciale. Dal bando di gara risultava che l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'impresa offerente che avrebbe consentito il massimo ribasso in relazione all'importo posto a base di gara pari a ITL 15 720 000 000.

21. Essendo stata fissata la soglia di anomalia al 40,865%, l'offerta della Mantovani, che comportava un ribasso del 41,460% e quindi superiore alla suddetta soglia, è stata esclusa per motivi analoghi a quelli che avevano determinato l'esclusione dell'offerta della Lombardini nella causa C-285/99.

22. I lavori sono stati aggiudicati all'imprenditore (...), la cui offerta era la più bassa tra quelle non considerate anormalmente basse.

23. Il ricorso presentato dalla Mantovani dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio è stato respinto con sentenza 26 giugno 1998.

24. Avendo la Mantovani impugnato la sentenza dinanzi al Consiglio di Stato, quest'ultimo, basandosi su considerazioni analoghe a quelle espone nell'ambito della causa C-285/99, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte cinque questioni pregiudiziali formulate in maniera identica a quelle poste nella causa C-285/99.

25. La Coopsette Soc. coop. arl è stata ammessa ad intervenire nella causa principale a sostegno della Mantovani.

26. Con ordinanza del presidente della Corte 14 settembre 1999 i due procedimenti C-285/99 e C-286/99 sono stati riuniti ai fini della fase scritta e orale del procedimento e ai fini della sentenza.

Sulle questioni pregiudiziali

27. Occorre innanzitutto ricordare che, anche se non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento promosso ai sensi dell'art. 234 CE, sulla compatibilità di norme di diritto interno con il diritto comunitario, né interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali, essa è tuttavia competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa per la quale è adito (v., in particolare, sentenze 15 dicembre 1993, causa C-292/92, Hünernund e a., Racc. pag. I-6787, punto 8; 3 maggio 2001, causa C-28/99, Verdonk e a., Racc. pag. I-3399, punto 28, e 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., non ancora pubblicata in Raccolta, punto 48).

28. Alla luce di queste considerazioni le questioni pregiudiziali, che occorre esaminare congiuntamente, devono essere intese nel senso che mirano in sostanza ad accertare se l'art. 30, n. 4, della direttiva debba essere interpretato nel senso che si oppo-

ne alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che,

- da un lato, consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che comportano un ribasso superiore alla soglia di anomalia - calcolata secondo una formula matematica in funzione della totalità delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento della presentazione del loro fascicolo -, allorché la detta autorità adotta la sua decisione tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad almeno il 75% del valore posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti, a pena di esclusione della loro partecipazione, ad allegare alla loro offerta, senza concedere agli stessi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti, e,
- dall'altro, impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, soltanto le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione di quelle relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali.

29. In via preliminare occorre ricordare che, dalle ordinanze di rinvio nonché dai fascicoli risulta che, conformemente alla normativa ed alla prassi amministrativa applicabili nelle cause principali, qualsiasi offerta deve essere corredata, al momento della sua presentazione, di giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base d'asta. Queste informazioni devono essere presentate in una busta separata e sigillata, il cui contenuto sarà esaminato solo se l'offerta dell'impresa interessata presenta un ribasso superiore alla soglia di anomalia, la quale viene fissata per ogni appalto in funzione della totalità delle offerte presentate dagli offerenti, di modo che questi non conoscano tale soglia al momento del deposito del loro fascicolo.

30. Avviene in realtà che l'amministrazione aggiudicatrice esclude come anormalmente basse quelle offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia così calcolata e aggiudica sistematicamente l'appalto all'impresa la cui offerta è la più bassa tra le altre. L'esclusione delle offerte anormalmente basse e l'aggiudicazione dell'appalto avvengono unicamente sulla base di una



valutazione effettuata dall'autorità competente delle giustificazioni fornite contemporaneamente alle offerte stesse e relative solo al 75% dell'importo posto a base d'asta, senza che tale autorità chieda maggiori precisazioni alle imprese interessate e senza che queste ultime abbiano la facoltà di fornire ulteriori giustificazioni dopo che sulla loro offerta è sorto un sospetto di anomalia.

31. Inoltre, la normativa nazionale pertinente, da un lato, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa prendere in considerazione solo giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente e, dall'altro, esclude che l'amministrazione aggiudicatrice possa basarsi sulle giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero sono rilevabili da dati ufficiali.

32. Alla luce di queste caratteristiche normative e di fatto occorre risolvere le questioni pregiudiziali così come esse sono state riformulate al punto 28 della presente sentenza.

Le modalità di determinazione, di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse

33. Per quanto riguarda questo primo aspetto delle questioni pregiudiziali, dal titolo e dal secondo considerando della direttiva risulta che quest'ultima ha semplicemente per oggetto il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, cosicché essa non prevede un sistema completo di norme comunitarie in materia.

34. La direttiva tuttavia, come risulta dal preambolo nonché dal secondo e decimo considerando, mira ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva tra gli imprenditori degli Stati membri (v. sentenza Ordine degli Architetti e a., summenzionata, punto 52).

35. L'obiettivo fondamentale della direttiva è pertanto quello di aprire alla concorrenza il settore degli appalti pubblici di lavori. Infatti, proprio tale apertura alla concorrenza comunitaria in conformità delle procedure previste dalla direttiva garantisce contro il rischio di favoritismi da parte dei pubblici poteri (sentenza Ordine degli Architetti e a., summenzionata, punto 75).

36. Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha quindi come fine essenziale di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti

nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche (v., in tal senso, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punti 16 e 17, e 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punti 41 e 42).

37. L'amministrazione aggiudicatrice è pertanto tenuta a rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, come risulta del resto esplicitamente dagli artt. 22, n. 4, 30, n. 4, quarto comma, e 31, n. 1, della direttiva.

38. Inoltre, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertarne il rispetto [v., per analogia, per quanto riguarda la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unifon Scandinavia e 3-S, Racc. pag. I-8291, punto 31].

39. In tale prospettiva la direttiva, come risulta dal dodicesimo considerando, prevede norme comuni sulla partecipazione agli appalti di lavori pubblici nelle quali devono essere inclusi sia criteri di selezione qualitativa che criteri di aggiudicazione degli appalti.

40. Per quanto riguarda più precisamente questi criteri di aggiudicazione degli appalti, essi sono in particolare definiti all'art. 30 della direttiva.

41. Come risulta dal primo considerando, la direttiva costituisce una codificazione della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e delle sue modifiche successive. Come la Corte ha già rilevato al punto 13 della sentenza 16 ottobre 1997, causa C-304/96, Hera (Racc. pag. I-5685), l'art. 30, n. 4, della direttiva corrisponde all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, nella versione risultante dalla direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE (GU L 210, pag. 1).

42. Nella sua versione iniziale, l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 era così formulato:

«Qualora, per un determinato appalto, talune offerte presentino manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice ne verifica la composizione prima di decidere in merito all'aggiudicazione dell'appalto. Essa tiene conto del risultato di tale verifica.

All'uopo, essa chiede all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili.

(...)

43. Ora, la Corte ha già dichiarato che, quando, ad avviso dell'amministrazione aggiudicatrice, le

offerte di un concorrente presentano manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alle prestazioni da fornire, l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 obbliga detta amministrazione, prima di decidere sull'aggiudicazione dell'appalto, ad invitare l'offerente a fornire una giustificazione delle sue offerte di prezzo oppure comunicargli quali delle sue offerte presentino un carattere anormale, concedendogli un termine congruo per presentare precisazioni complementari (sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81, *Transporoute*, Racc. pag. 417, punto 18).

44. Al punto 17 di tale sentenza, la Corte ha infatti ritenuto che l'amministrazione aggiudicatrice non può in alcun caso respingere un'offerta anormalmente bassa senza neanche chiedere all'offerente le giustificazioni necessarie, poiché lo scopo dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, che consiste nel proteggere l'offerente dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, non potrebbe essere raggiunto se si lasciasse a quest'ultima il compito di valutare l'opportunità di richiedere le giustificazioni.

45. Inoltre, da una costante giurisprudenza della Corte risulta che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 vieta agli Stati membri di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva (v. sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, Racc. pag. 1839, punti 19 e 21, e 18 giugno 1991, causa C-295/89, *Donà Alfonso*, Racc. pag. I-2967, pubblicazione sommaria, punti 1 e 2 del dispositivo).

46. La Corte ha pertanto dichiarato che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 prescrive all'autorità aggiudicatrice di verificare la composizione delle offerte che presentino un carattere anormalmente basso e, a questo scopo, le impone di chiedere all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie (v. sentenza *Fratelli Costanzo*, summenzionata, punto 16).

47. Secondo la Corte, un criterio matematico, in forza del quale vengono considerate anormali e quindi escluse dalla gara le offerte che presentano una maggiorazione inferiore del 10% alla maggiorazione media, rispetto all'importo base fissato come prezzo dei lavori, di tutte le offerte ammesse a gareggiare, priva i partecipanti alla gara che hanno presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si tratta di offerte serie, cosicché l'applicazione di un tale criterio contrasta con lo scopo della direttiva 71/305, che consiste nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici (sentenza *Fratelli Costanzo*, summenzionata, punto 18).

48. La Corte ha anche rilevato che per consentire ai partecipanti alla gara che hanno presentato offer-

te particolarmente basse di dimostrare la serietà di tali offerte e per garantire in tal modo l'accesso agli appalti di lavori pubblici, il Consiglio ha prescritto, all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, una precisa e dettagliata procedura di verifica delle offerte risultanti anormalmente basse e che tale scopo sarebbe compromesso qualora gli Stati membri, nel recepire tale disposizione, potessero scostarsene in misura sostanziale (sentenza *Fratelli Costanzo*, summenzionata, punto 20).

49. Essa ha infine aggiunto che la procedura di verifica prevista all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 dev'essere applicata ogniqualvolta l'amministrazione aggiudicatrice intenda escludere delle offerte perché le considera anormalmente basse rispetto alla prestazione, di modo che gli offerenti hanno la garanzia di non essere esclusi dall'appalto oggetto della gara senza aver avuto la possibilità di dimostrare la serietà delle loro offerte (sentenza *Fratelli Costanzo*, summenzionata, punto 26).

50. Ora, poiché i requisiti previsti dall'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 sia nella sua versione iniziale sia nella versione modificata, sono in sostanza identici a quelli imposti dall'art. 30, n. 4, della direttiva, le considerazioni che precedono valgono anche per quanto riguarda l'interpretazione di quest'ultima disposizione.

51. Di conseguenza, l'art. 30, n. 4, della direttiva presuppone necessariamente l'applicazione di una procedura di verifica in contraddittorio delle offerte che sono state considerate anormalmente basse dall'amministrazione aggiudicatrice, imponendo a quest'ultima l'obbligo, dopo aver preso conoscenza di tutte le offerte e prima di decidere di aggiudicare l'appalto, di chiedere anzitutto per iscritto precisazioni sugli elementi dell'offerta sospettata di anomalia che abbiano concretamente dato luogo a dubbi da parte sua e di valutare successivamente questa offerta in relazione alle giustificazioni fornite dall'offerente interessato in risposta a tale richiesta.

52. Prescindendo dal fatto che, in conformità alla normativa ed alla prassi amministrativa applicabili nelle cause principali, le imprese offerenti sono tenute, al momento del deposito del loro fascicolo, a presentare giustificazioni solo per il 75% dell'importo posto a base d'asta, mentre è rilevante che esse possano fornire la prova della serietà della loro offerta per tutti gli elementi che la compongono, siffatte giustificazioni preliminari non sono in ogni caso conformi allo spirito della procedura di verifica in contraddittorio istituita dall'art. 30, n. 4, della direttiva.

53. Infatti, è essenziale che ogni offerente sospettato di aver presentato un'offerta anormalmente bassa disponga della facoltà di far valere utilmente il suo punto di vista al riguardo, conferendogli la possibilità di presentare ogni giustificazione sui

vari elementi della sua offerta in un momento - che si colloca necessariamente dopo l'apertura di tutte le buste - in cui egli ha conoscenza non solo della soglia di anomalia applicabile all'appalto di cui trattasi nonché del fatto che la sua offerta è apparsa anormalmente bassa, ma anche dei punti precisi che hanno suscitato perplessità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

54. L'interpretazione che precede è del resto la sola compatibile sia con la formulazione sia con la finalità dell'art. 30, n. 4, della direttiva.

55. Pertanto, da un lato, dalla formulazione stessa di tale disposizione, redatta in termini imperativi, risulta che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta, in primo luogo, a identificare le offerte sospette, in secondo luogo, a consentire alle imprese interessate di dimostrarne la serietà, chiedendo loro le precisazioni che ritiene opportune, in terzo luogo, a valutare la pertinenza dei chiarimenti forniti dagli interessati e, in quarto luogo, ad adottare una decisione circa l'accoglimento o il rigetto di tali offerte. Si può quindi ritenere che i requisiti inerenti al carattere contraddittorio della procedura di verifica delle offerte anormalmente basse, ai sensi dell'art. 30, n. 4, della direttiva, siano stati rispettati solo nella misura in cui siano state compiute successivamente tutte le fasi così descritte.

56. Del resto, solo con riserva delle condizioni restrittive indicate all'art. 30, n. 4, quarto comma, la direttiva consente all'amministrazione aggiudicatrice di eludere questa procedura in contraddittorio di verifica delle offerte anormalmente basse. Ora, è pacifico che, nelle cause principali, questa disposizione derogatoria non può trovare applicazione *ratione temporis*.

57. D'altra parte l'esistenza di un dibattito effettivo in contraddittorio, situato in un momento utile nella procedura di esame delle offerte, tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente costituisce un requisito fondamentale della direttiva, al fine di evitare l'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice e di garantire una sana concorrenza tra le imprese.

58. Sulla base delle considerazioni che precedono, si deve constatare che l'art. 30, n. 4, della direttiva si oppone ad una normativa e ad una prassi amministrativa, come quelle applicabili nelle cause principali, che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di escludere come anormalmente bassa un'offerta basandosi unicamente sulle giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative, presentate contemporaneamente all'offerta stessa, senza che l'amministrazione aggiudicatrice abbia proceduto ad un qualsiasi esame in contraddittorio delle offerte sospette formulando richieste di chiarimento sui punti dubbi emersi nel corso di una prima verifica e concedendo alle imprese interessate la possibilità di far valere i loro argomenti al riguardo prima dell'adozione della decisione finale.

59. Infatti, nelle procedure di gara di cui trattasi nelle cause principali, l'offerente, nel momento in cui presenta la sua offerta, che deve essere corredata di giustificazioni relative al 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, non ha conoscenza dei punti precisi della sua offerta che susciteranno sospetti di anomalia, cosicché, in questa fase della procedura, non è in grado di fornire chiarimenti utili e completi a sostegno dei vari elementi che compongono la sua offerta.

60. Il giudice nazionale intende inoltre accertare se l'art. 30, n. 4, della direttiva si opponga anche ad una normativa e ad una prassi amministrativa di uno Stato membro, come quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali, da un lato, gli offerenti sono tenuti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni del prezzo, relativamente ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta, utilizzando a tal fine moduli *ad hoc*, e, dall'altro, la soglia di anomalia delle offerte viene calcolata, per ogni appalto, sulla base di una formula matematica che è funzione della totalità delle offerte effettivamente presentate nell'ambito della gara di cui trattasi.

61. A tale riguardo occorre rilevare che la direttiva non contiene requisiti specifici in materia.

62. Per quanto riguarda più in particolare la prima delle modalità menzionate al punto 60 della presente sentenza, risulta che si tratta di un requisito che tutti gli offerenti indistintamente devono soddisfare e che sembra destinato a garantire una certa uniformità nella presentazione delle offerte, in modo da facilitare un primo esame da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, consentendo di valutare *prima facie* la serietà dell'offerta. È possibile infatti che, sulla base di queste sole giustificazioni, l'amministrazione aggiudicatrice si convinca che l'offerta, benché sembri anormalmente bassa, è seria e pertanto l'accetti. In tal modo tale modalità contribuisce ad accelerare la procedura di verifica delle offerte.

63. Certo, come la Commissione ha rilevato giustamente, una procedura nazionale di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori sarebbe incompatibile con i requisiti di cui all'art. 30, n. 4, della direttiva se non garantisse l'esame in contraddittorio delle offerte anormalmente basse imposto da tale disposizione.

64. Così avverrebbe in particolare, come è già stato constatato ai punti 58 e 59 della presente sentenza, se l'amministrazione aggiudicatrice respingesse come anormalmente bassa un'offerta basandosi esclusivamente sulle giustificazioni presentate al momento del deposito dell'offerta, senza procedere, dopo l'apertura delle buste e prima della decisione finale, alla verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva.

65. Tuttavia, tale vizio avrebbe la sua origine non

nell'obbligo stesso di presentare talune giustificazioni contemporaneamente al deposito dell'offerta, ma piuttosto nell'inosservanza dei requisiti previsti dalla direttiva nel corso di una fase successiva della procedura di esame delle offerte anormalmente basse.

66. Alla luce di queste considerazioni, l'art. 30, n. 4, della direttiva non si oppone ad un obbligo di giustificazione preliminare, quale quello di cui trattasi nelle cause principali, considerato isolatamente, laddove tutti i requisiti derivanti da questa disposizione siano per il resto soddisfatti dalle amministrazioni aggiudicatrici.

67. Per quanto riguarda la seconda modalità menzionata al punto 60 della presente sentenza, è pacifico che la direttiva non definisce la nozione di offerta anormalmente bassa e non determina il modo di calcolo di una soglia di anomalia. Tale compito spetta pertanto ai vari Stati membri.

68. Per quanto riguarda la soglia di anomalia applicata nelle cause principali, essa risulta da un calcolo effettuato per ogni bando di gara ed è basata essenzialmente sulla media delle offerte presentate nell'ambito di tale gara.

69. Un tale metodo di calcolo appare a prima vista obiettivo e non discriminatorio.

70. La sola circostanza, fatta valere da alcuni degli offerenti di cui trattasi nelle cause principali, secondo cui la soglia di anomalia non è nota alle imprese al momento in cui esse presentano la loro offerta - poiché viene determinata solo una volta che sono state depositate tutte le offerte - non è in ogni caso tale da pregiudicare la sua compatibilità con la direttiva. Infatti, in tale fase della procedura, tutti gli offerenti, così come l'amministrazione aggiudicatrice stessa, ignorano quale sarà tale soglia.

71. Alcuni degli offerenti di cui trattasi nelle cause principali hanno tuttavia sostenuto che un meccanismo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media delle offerte per un determinato appalto rischierebbe di essere falsato da offerte non corrispondenti ad una volontà effettiva di contrattare, ma intese unicamente ad influenzare il risultato di tale calcolo. Pertanto, la concorrenza potrebbe essere falsata, poiché si verificherebbe che alcuni offerenti cercano di presentare non la migliore offerta possibile, ma quella che, in particolare sulla base di criteri statistici, ha secondo ogni probabilità la maggiore possibilità di essere la prima tra le offerte non sospette, alla quale viene automaticamente aggiudicato l'appalto.

72. Di sicuro il risultato al quale perviene un meccanismo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media delle offerte può essere notevolmente influenzato da pratiche come quelle descritte al punto precedente, il che sarebbe incompatibile con gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, quali definiti ai punti 34-36 della presente sentenza. Per-

ciò, affinché l'effetto utile della direttiva sia pienamente preservato, tale risultato non deve essere immutabile e deve poter essere riconsiderato dall'amministrazione aggiudicatrice se ciò risulta necessario in considerazione in particolare del livello della soglia di anomalia delle offerte applicata in appalti analoghi e degli insegnamenti che si ricavano dall'esperienza comune.

73. Ne deriva che, sebbene, come è stato ricordato ai punti 45 e 47 della presente sentenza, sia giurisprudenza costante che il diritto comunitario si oppone all'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, per contro, il diritto comunitario non si oppone, in via di principio, a che un criterio matematico, quale la soglia di anomalia applicata nelle cause principali, venga utilizzato al fine di determinare quali offerte appaiano anormalmente basse, purché, tuttavia, il risultato al quale perviene l'applicazione di tale criterio non sia immutabile e sia rispettato il requisito di una verifica in contraddittorio di queste offerte conforme all'art. 30, n. 4, della direttiva.

74. Taluni degli offerenti di cui trattasi nelle cause principali hanno poi sostenuto, senza che le loro affermazioni siano state confutate in maniera plausibile dal governo italiano, che le due modalità della procedura di gara italiana considerate al punto 60 della presente sentenza non possono essere analizzate isolatamente, dato che i vari aspetti di tale procedura sarebbero indissociabilmente legati tra di loro.

75. Essi hanno fatto valere in particolare che la condizione relativa alla presentazione di giustificazioni al momento stesso del deposito dell'offerta trova la sua ragione d'essere solo nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice adotta la decisione relativa all'accettazione o al rigetto dell'offerta solo sulla base di queste giustificazioni, senza consentire alle imprese di fornire successivamente più ampi chiarimenti. Inoltre, la stessa condizione non si applicherebbe indistintamente agli offerenti, in quanto verrebbero aperte solo le buste delle imprese le cui offerte appaiano anormalmente basse, cosicché ad un imprenditore, la cui offerta non fosse sospettata di anomalia, potrebbe essere attribuito l'appalto mentre egli avrebbe consegnato una busta relativa alle giustificazioni priva di qualsiasi contenuto. Infine potrebbe derivarne una distorsione della concorrenza tra le imprese, poiché l'obbligo di allegare all'offerta una documentazione giustificativa voluminosa comporterebbe per i concorrenti che hanno offerto un prezzo particolarmente vantaggioso non solo un onere amministrativo più gravoso, ma anche l'inconveniente di dover rivelare in anticipo dati eventualmente riservati, e svantaggerebbe in ogni caso le imprese originarie di altri Stati membri.



76. A tale riguardo è sufficiente constatare che, anche se non si può negare che tutti i requisiti imposti dal diritto comunitario devono essere rispettati nell'ambito dei vari aspetti delle procedure nazionali di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, le quali devono del resto essere applicate in modo da garantire il rispetto dei principi della libera concorrenza e della parità di trattamento degli offerenti nonché dell'obbligo di trasparenza, tuttavia la Corte non è in grado di statuire su tali affermazioni.

77. La fondatezza di queste ultime presuppone infatti constatazioni e valutazioni dei fatti nonché un'interpretazione del diritto nazionale che rientra nella sola competenza del giudice nazionale. Gli elementi di interpretazione relativi alla portata dell'art. 30, n. 4, della direttiva nonché allo spirito e alla finalità di quest'ultima, illustrati ai punti 34-40 della presente sentenza, forniscono a tale giudice tutte le indicazioni necessarie per consentirgli di valutare la compatibilità delle disposizioni nazionali di cui trattasi con il diritto comunitario al fine di statuire sulle cause ad esso sottoposte.

Sulla presa in considerazione della giustificazione delle offerte anormalmente basse

78. Per quanto riguarda il secondo aspetto delle questioni pregiudiziali così come riformulate al punto 28 della presente sentenza, occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice «può», ai fini della valutazione di un'offerta anormalmente bassa, prendere in considerazione «giustificazioni» riguardanti l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto dell'offerente.

79. Come risulta dalla sua stessa formulazione, questa disposizione riconosce all'amministrazione aggiudicatrice la semplice facoltà, e non l'obbligo, di basarsi su taluni tipi di giustificazioni obiettive del prezzo proposto da un determinato offerente.

80. Ricollocata nel suo contesto, tale disposizione ha per oggetto unicamente di precisare la regola enunciata all'art. 30, n. 4, primo comma, della direttiva, in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice richiede all'offerente interessato precisazioni sulla composizione dell'offerta che ritiene utili e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite.

81. Ora, ai punti 51-59 della presente sentenza, la Corte ha già sottolineato l'importanza del principio secondo cui, prima che l'amministrazione aggiudicatrice possa respingere un'offerta come anormalmente bassa, l'offerente deve poter far valere, utile e in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti.

82. Dato che, nella prospettiva dello sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, è essenziale che questa facoltà sia la più ampia e completa possibile, l'offerente deve poter presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni, in particolare quelle enunciate all'art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva, che, tenuto conto della natura e delle caratteristiche dell'appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione al riguardo. Per quanto riguarda l'amministrazione aggiudicatrice, essa è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle giustificazioni dedotte dall'imprenditore prima di adottare la sua decisione circa l'accoglimento o il rigetto dell'offerta di cui trattasi.

83. Ne deriva che, in considerazione sia della sua formulazione sia della sua finalità, l'art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva non contiene un elenco esaustivo delle giustificazioni che possono essere presentate, ma si limita a fornire esempi di giustificazioni che l'offerente può presentare al fine di dimostrare la serietà dei vari elementi di prezzo proposti. A maggior ragione la disposizione di cui trattasi non autorizza l'esclusione di taluni tipi di giustificazioni.

84. Come hanno fatto valere il governo austriaco e la Commissione nelle loro osservazioni e l'avvocato generale ha sottolineato ai paragrafi 50 e 51 delle sue conclusioni, qualsiasi limitazione al riguardo sarebbe infatti in evidente contraddizione con l'obiettivo della direttiva di facilitare il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti, in quanto una tale limitazione comporterebbe l'esclusione pura e semplice delle offerte giustificate da considerazioni diverse da quelle ammesse dalla normativa nazionale vigente, nonostante un prezzo eventualmente più vantaggioso.

85. Ne deriva che l'art. 30, n. 4, della direttiva si oppone ad una normativa nazionale, come quella applicabile nelle cause principali, che, da un lato, impone all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solo talune giustificazioni limitativamente elencate, tralasciando per di più le giustificazioni relative all'originalità del progetto dell'offerente alle quali tuttavia fa riferimento formalmente il secondo comma di tale disposizione, e che, dall'altro, esclude esplicitamente taluni tipi di giustificazioni, come quelle relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali.

86. Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere le questioni poste nel senso che l'art. 30, n. 4, della direttiva deve essere interpretato nel modo seguente:

- Esso si oppone alla normativa e alla prassi am-

ministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo proposti che hanno dato luogo a sospetti.

- Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali.
- Per contro, esso non si oppone, in via di principio, nella misura in cui tutti i requisiti che impone siano per il resto soddisfatti e gli obiettivi perseguiti dalla direttiva non siano pregiudicati, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, da un lato, obbligano tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta, e, dall'altro, applicano un metodo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media dell'insieme delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento del deposito del loro fascicolo, dovendo tuttavia il risultato al quale porta l'applicazione di tale metodo di calcolo essere riesaminato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Sulle spese

87. Le spese sostenute dai governi italiano e austriaco, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi, LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni ad essa sottoposte dal Consiglio di Stato con ordinanze 26 maggio 1999, dichiara:

L'art. 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel modo seguente:

- *Esso si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti.*
- *Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali.*
- *Per contro esso non si oppone, in via di principio, nella misura in cui tutti i requisiti che impone siano per il resto soddisfatti e gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/37 non siano pregiudicati, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, da un lato, obbligano tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta, e, dall'altro, applicano un metodo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media dell'insieme delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento del deposito del loro fascicolo, dovendo tuttavia il risultato al quale porta l'applicazione di tale metodo di calcolo essere riesaminato dall'amministrazione aggiudicatrice.*

IL COMMENTO

UNIONE EUROPEA

Nessun limite va posto alla verifica delle offerte anomale

La Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi sul regime delle cosiddette "offerte anormalmente basse". Con la sentenza dello scorso 27 novembre, infatti, i giudici del Lussemburgo hanno esaminato la domanda pregiudiziale promossa dal Consiglio di Stato italiano, nell'ambito della controversia che vedeva contrapposti l'Anas, nella sua veste di amministrazione aggiudicatrice, e alcune imprese di costruzione, che avevano visto le loro offerte escluse in quanto anormalmente basse ai sensi della "legge Merloni" (legge 109/1994).

La vicenda - In estrema sintesi, si trattava dell'Impresa Lombardini che - nel partecipare a una gara di appalti di lavori per l'ampliamento del Gra, di valore pari a circa 122 miliardi di lire - aveva visto esclusa la propria offerta in quanto la soglia di anomalia era stata fissata al 28,004%, mentre la sua offerta implicava un ribasso del 29,88%. L'offerta, sulla base del regime previsto nella "legge Merloni" veniva esclusa automaticamente, senza che l'impresa potesse fornire giustificazioni per il proprio ribasso, ulteriori a quelle presentate al momento del deposito della propria offerta.

Analoga sorte aveva avuto l'Impresa Mantovani che - nel partecipare a una gara per la costruzione di un troncone stradale (variante provinciale Bergamo-Zanica) per un valore di circa 15 miliardi - aveva visto escludere la propria offerta perché anormalmente bassa: soglia di anomalia fissata al 40,865%, ribasso della Mantovani del 41,460 per cento.

In effetti, si trattava di un tema da tempo all'attenzione delle imprese attive nel settore e degli stessi giuristi. La questione che si poneva e che la Corte ha affrontato è quella della regolamentazione e della prassi italiana che impone alle imprese partecipanti a una gara d'appalto di fornire, al momento della presentazione della propria offerta, delle giustificazioni del prezzo indicato, redatte sulla base di un formulario ad hoc e che corrispondono almeno al 75% del valore di base dell'appalto, a pena di esclusione automatica della loro offerta. L'amministrazione aggiudicatrice, per parte sua, potrà esaminare le offerte (e quindi anche la loro eventuale anomalia) solo sulla base di quegli elementi di informazione. I partecipanti alla gara, quindi, non hanno più la possibilità di fornire elementi di giustificazione ulteriori, dopo l'aper-

tura delle buste contenenti le offerte. Si tratta di un regime compatibile con la pertinente direttiva 93/37/Cee, che disciplina com'è noto gli appalti di lavori pubblici?

In pratica, accade che le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia (calcolata secondo una formula che si basa sulla media delle altre offerte presentate) vengano escluse e la gara attribuita automaticamente all'impresa la cui offerta è la migliore perché risulta la prima a essere superiore alla soglia di anomalia.

Per effetto della pertinente legislazione italiana, peraltro, le imprese si vedevano limitate nella propria possibilità di giustificazione ex post del proprio ribasso, dal momento che gli elementi che possono essere presi in considerazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sono limitati, ed è espressamente vietato ai partecipanti alla gara indicare, ad esempio, valori minimi fissati dalla legge o determinati sulla base di dati ufficiali.

Il parere della Corte - Ad avviso della Corte, tuttavia, il ricordato regime nazionale non era del tutto coerente con la direttiva 93/37/Cee. Quest'ultima direttiva, infatti, ha per obiettivo di garantire il rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e trasparenza tra i partecipanti (effettivi o potenziali) alla gara. La direttiva prevede così a tal fine un meccanismo dettagliato di verifica in contraddittorio delle offerte considerate anormalmente basse, che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a osservare nell'aggiudicazione delle gare. Dopo aver preso conoscenza delle offerte presentate, l'amministrazione aggiudicatrice deve domandare chiarimenti alle imprese sulle parti di offerta che sollevano perplessità. Per parte sua, il partecipante alla gara deve avere la possibilità di provare la serietà della propria offerta, fornendo la più ampia gamma di giustificazioni utili in suo possesso. Lo scopo di tale procedura, puntualmente prevista dalla direttiva, è, evidentemente, evitare arbitrii da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e non falsare il gioco della concorrenza tra le imprese.

Ebbene, sulla base di tali premesse, la Corte ha ritenuto che l'esclusione dell'offerta sulla base delle sole giustificazioni relative al 75% del valore della gara che devono essere presentate necessariamente al momento della stessa presentazione dell'offerta - dunque al momento in cui l'anomalia non è ancora

Cgce - Sentenza 27 novembre 2001 - C-285/99 e C-286/99

stata calcolata, per la gara di cui si discute - non è conforme alle prescrizioni del diritto comunitario e della direttiva 93/37/Cee.

Sotto altro profilo, poi, la Corte ha altresì sottolineato che le medesime disposizioni della direttiva non autorizzano l'esclusione di alcuni tipi di giustificazione per il ribasso praticato dalle imprese. In verità, per effetto della direttiva in esame, quindi, ogni impresa deve poter far valere le giustificazioni che ella ritiene appropriate e l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a prendere in considerazione l'integralità delle giustificazioni avanzate, prima che la decisione di aggiudicazione sia assunta.

Non tutto il meccanismo della "legge Merloni" è però stato censurato. Con riferimento, infatti, ad altri aspetti della "legge Merloni" (obbligo di giustificare il 75% del valore dell'offerta al momento stesso di presentazione dell'offerta, mediante l'uso di formulari, e al metodo di calcolo della soglia di

anomalia), la Corte ha ritenuto che si trattasse di modalità che non sono, in principio, contrarie al diritto comunitario. E ciò nella misura in cui non incidono negativamente sui ricordati obiettivi perseguiti con la direttiva 93/37/Cee, e non limitano la possibilità di contraddittorio tra impresa partecipante e amministrazione aggiudicatrice.

Spetta adesso al Legislatore italiano adeguare la "legge Merloni" alle puntuali e precise indicazioni espresse dalla Corte. Prima di ciò tuttavia - com'è ben noto - giudici e amministrazioni aggiudicatrici dovranno comunque assicurare l'attuazione degli indirizzi interpretativi della Corte; analogamente, le imprese interessate potranno esigere che quelle stesse amministrazioni si conformino a tale nuovo orientamento interpretativo. È quindi auspicabile che l'intervento del Legislatore sia quanto mai tempestivo.

Francesco Sciaudone

UNIONE EUROPEA



www.guidanormativa.ilssole24ore.com

Direttore
Responsabile: GUIDO GENTILI

Redazione: Agostino Palomba (caporedattore) - Marco Mobili (vicecaporedattore) - Carmine De Pascale (caposervizio) - Marta Paris (caposervizio) - Vito Biello - Remo Bresciani - Andrea Maria Candidi - Daniela Casciola - Nicoletta Cottone - Beatrice Dalia - Simona Gatti - Roberta Giuliani - Patrizia Maciocchi - Luigi Petrella - Paola Rossi - Alessandro Vitiello.

Proprietario ed Editore: Il Sole 24 ORE S.p.A.

Sede legale: Via P. Lomazzo, 52 - 20154 Milano

Presidente: GUIDALBERTO GUIDI

Amministratore delegato: ERNESTO AUCI

Direttore Generale: PAOLO IMPERATORI

Registrazione Tribunale di Avezzano n. 111 del 2 marzo 1993

Direzione, redazione: Via Paolo Di Dono, 3/A - 00142 Roma - Tel. 063022.6421 - 063022.6400 - Telefax 063022.6410

Il Sole 24 ORE S.p.A.. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questo periodico può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocopione e la registrazione. Manoscritti e fotografie, su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Servizio Clienti Periodici.

Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ).

Tel. 063022.5680 oppure 023022.5680

Fax 063022.5400 oppure 023022.5400

e-mail: servizioclienti.periodici@ilssole24ore.com

Internet:

<http://www.guidanormativa.ilssole24ore.com/servizioclienti.asp>

Su Internet è possibile verificare lo stato dell'abbonamento, richiedere arretrati per copie non pervenute e cambiare indirizzo di spedizione.

Abbonamento annuale (Italia): Guida Normativa + Codici + Cd rom + Internet € 555,00 (L. 1.074.630); Guida Normativa + Cd rom € 430,00 (L. 832.596); Guida Normativa + Codici € 335,00 (L. 648.650); Guida Normativa + Internet € 290,00 (L. 561.518); Guida Normativa € 250,00 (L. 484.068); Guida Normativa On line € 199,00 (L. 385.318).

Rinnovo dell'abbonamento: Guida Normativa + Codici + Cd rom + Internet € 470,00 (L. 910.047); Guida Normativa + Cd rom € 345,00 (L. 668.013); Guida Normativa + Codici € 335,00 (L. 648.650); Guida Normativa + Internet € 290,00 (L. 561.518); Guida Normativa € 250,00 (L. 484.068); Guida Normativa On line € 199,00 (L. 385.318).

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti inviando una fotocopia della ricevuta di pagamento sul c.c.p. n. 31481203. La ricevuta di pagamento tramite c.c.p. può essere inviata anche via fax al 063022.5406 oppure 023022.5406.

Copie arretrate - numeri singoli € 1,80 (L. 3.485)

Copia monografica - dossier mensile: € 8,45 (L. 16.370)

Raccoglitore completo anno 1991: € 35,00 (L. 67.769)

Raccoglitori trimestrali annui: € 69,00 (L. 133.603)

Per la richiesta dei numeri arretrati e dei raccoglitori completi (specificare il trimestre desiderato) inviare anticipatamente l'importo seguendo le stesse modalità di cui sopra.

Pubblicità: Il Sole 24 ORE S.p.A. - SYSTEM - Sede legale: Via P. Lomazzo, 52 - 20154 Milano - Direzione e amministrazione: Via Castellanza, 11 - 20151 Milano - Tel. 023022.1.

Tariffa pubblicità: quarta di copertina 16 milioni (€ 8.263,31) + Iva.

Stampa: Il Sole 24 ORE S.p.A. - Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ).