

# ANAC: sotto dieci offerte, no all'esclusione automatica

---

30 Marzo 2015

L'Autorità chiarisce illegittimità dell'utilizzo del meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale nella procedura negoziata, qualora, seppur previsto dal bando, il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci (ex art. 122, comma 7 e ex art. 57, comma 6 del Codice dei contratti d.lgs. 163/2006).

La questione oggetto di controversia è stata affrontata nel Parere n.18 del 25/2/2015 dell'A.N.AC, in cui si ricorda che, in linea con l'orientamento già espresso nel parere di precontenzioso n. 185 del 7.11.2012 e nel parere n. 94 del 5.6.2013, il meccanismo di semplificazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse sia in numero inferiore a dieci.

In tal caso, infatti, si applica quella disposizione del Codice che consente alle le stazioni appaltanti di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (articolo 86, comma 3).

Infatti, come specificato dal Codice dei contratti (art. 122, comma 9, d.lgs. 163/2006), qualora i lavori ad oggetto della gara di appalto siano d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro, e sia adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, la stazione appaltante può legittimamente prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86, ossia applicando il metodo che parte dal taglio delle ali.

Tuttavia, anche nel caso la stazione appaltante abbia scelto il suddetto meccanismo di semplificazione, il carattere imperativo dell'art. 121, commi 8 e 9, D.P.R. 207/2010 - che limita l'applicabilità del citato art. 122 - determina un fenomeno di eterointegrazione della lex specialis di gara, trovando applicazione, anche in contrasto con la disciplina stessa di gara.

La posizione dell'Autorità è in linea con quella del Consiglio di Stato, il quale ha affermato che l'eterointegrazione del bando di gara è configurabile in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme (Sezione III, sentenza del 18 ottobre 2013, n. 5069) e si giustifica in quanto occorra conformare il contenuto delle obbligazioni e di diritti nascenti da contratti già conclusi con esigenze di ordine imperativo non disponibili dai contraenti (Sezione V, 17 marzo 2015, sentenza n. 1375).

Pertanto, prosegue l'Autorità, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza, ai sensi del citato art. 121, non sia possibile procedere all'esclusione automatica delle offerte (pur se prevista nel bando), e alla determinazione della soglia di anomalia, il responsabile del procedimento, successivamente alla chiusura della seduta pubblica della gara, provvede all'eventuale verifica "facoltativa" di congruità di cui all'art. 86, comma 3, del Codice.

La verifica è effettuata mediante richiesta delle giustificazioni, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni per la loro presentazione ed eventualmente richiedendo all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti, da presentarsi entro un termine non inferiore a cinque giorni (rispettivamente artt. 87, comma 2, e 88, del Codice).

Accertata la congruità delle offerte sottoposte a verifica (ovvero non eseguita la verifica di cui all'articolo 86, comma 3, del Codice), il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara al concorrente che ha offerto il prezzo più basso.

Tanto precisato, l'Autorità ritiene che, in tali casi, la scelta della stazione appaltante deve essere intesa nel senso di esercitare o meno la facoltà di verifica prevista all'art. 86, comma 3, del Codice oppure di procedere all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'impresa, che abbia presentato l'offerta economica con il massimo ribasso. Non è, invece, possibile per la stessa stazione appaltante applicare, il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in mancanza di un numero sufficiente di concorrenti.

Ne consegue che è illegittima l'esclusione dalla procedura per "assoluta inaffidabilità" del concorrente, che prescinda da una concreta e puntuale valutazione della congruità dell'offerta, apparsa anormalmente bassa.

Di contro, si ricorda che l'inserimento della previsione nel bando del meccanismo di semplificazione dell'esclusione automatica è, qualora possibile, sempre facoltativo, in quanto la Corte di Giustizia Europea ha chiarito che, qualora il numero delle offerte sia superiore a cinque, le norme del Trattato e il principio di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che per gli appalti sottosoglia imponga alle amministrazioni di procedere all'esclusione automatica delle offerte precludendo la loro verifica (sez. IV, 15 maggio 2008, n. C-147/06 e 148/06).

[19921-ParerePrec.n.18.2015.pdf](#)[Apri](#)