

La Corte di giustizia europea giudica il contrasto tra la direttiva 93/37 e la Merloni-ter in materia di offerte anomale

Un'impresa ha il diritto di giustificare gli elementi della propria offerta attraverso un contraddittorio, prima di essere esclusa da una gara d'appalto per aver presentato una proposta considerata anormalmente bassa. E le argomentazioni adducibili per motivare l'importo finale possono essere di qualsiasi genere e non necessariamente limitate ai tre campi ammessi in Italia: economicità del procedimento di costruzione, soluzioni tecniche adottate o condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente.

Queste sono le conclusioni a cui è giunta la Corte di giustizia europea con una sentenza che impone la revisione dei metodi di aggiudicazione delle leggi italiane sugli appalti.

I giudici hanno esaminato su questo tema due controversie riguardanti aziende che, per offerte considerate anomale, sono state escluse automaticamente da una gara d'appalto per lavori dell'ANAS.

Nel primo caso, la Lombardini aveva presentato una proposta per l'esecuzione di tre corsie sul Grande Raccordo Anulare, che comportava un ribasso del 29,88% sul valore di 122 miliardi di lire (63 milioni di euro) prestabilito, mentre la soglia fissata era del 28,004%. Nel secondo caso, la Mantovani è stata esclusa dall'esecuzione di un tratto della provinciale Bergamo-Zanica per aver proposto un ribasso del 41,460% sul valore di 15,7 miliardi di lire (8,1 milioni di euro), mentre la soglia di anomalia era fissata al 40,865%.

Le due imprese hanno contestato le decisioni ritenendo illegittima l'applicazione meccanica di una formula matematica, senza possibilità di fornire giustificazioni a posteriori.

La Corte di giustizia ha riconosciuto la fondatezza dei ricorsi, attraverso un'interpretazione della direttiva 93/37 sugli appalti pubblici. Essa ha riconosciuto come legittima la regola matematica per fissare la soglia di anomalia utilizzata dal Ministero dei Lavori pubblici con decreto ministeriale nel 1997 (media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata dello scarto medio dei ribassi percentuali che superano la predetta media) e ha chiarito di non opporsi al fatto che tale soglia non sia nota agli offerenti e che almeno il 75% dell'importo a base d'asta sia giustificato in appositi moduli. Tuttavia, ha stabilito che le autorità italiane non possono effettuare una selezione automatica sulla base solo delle giustificazioni relative al 75% del valore dell'appalto, infatti dopo aver preso conoscenza di tutte le offerte, l'amministrazione è tenuta a domandare spiegazioni in merito agli elementi dell'offerta che possono far sorgere dubbi, dato che il partecipante deve avere la possibilità di provare la serietà dell'offerta e fornire tutte le giustificazioni che ritiene necessarie su tutti gli elementi della proposta che hanno dato luogo a sospetti.

La sentenza della Corte sulle offerte anomale infligge un duro colpo alla Merloni-ter. La Corte infatti, non solo ha bocciato la prassi italiana di non invitare le imprese a giustificare i ribassi anomali in un contraddittorio aperto con la stazione appaltante, ma ha colpito al cuore la stessa legge, accusata di non aver recepito in modo corretto la direttiva 93/37 sugli appalti pubblici di lavori.

Nel mirino torna il discusso art.21 della legge 109/94, più volte rimaneggiato nelle tre versioni della legge quadro. La norma detta le regole per l'aggiudicazione delle gare al massimo ribasso, prevedendo solo per i lavori sotto la soglia Ue di 5.358 euro (10,374 miliardi di lire) l'esclusione automatica.

Per i grandi appalti invece l'art.21 si adegua alle regole comunitarie e impone alle stazioni appaltanti di procedere a un'analisi approfondita delle offerte anomale. In pratica i candidati devono motivare, già in sede di presentazione dell'offerta, il proprio ribasso per spiegare attraverso quali leve del prezzo è ottenuto. L'attenzione della Corte Ue si è fermata proprio su questa fase.

La Merloni si allinea alla direttiva Ue ammettendo “giustificazioni fondate sull’economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate”. I giudici di Lussemburgo contestano però il fatto che la valutazione dell’anomalia sia limitata soltanto agli aspetti tecnici dell’appalto. La Merloni infatti esclude dalle giustificazioni tutti quegli altri elementi o quei valori minimi fissati in leggi, regolamenti o anche solo in listini ufficiali. Anzi il legislatore italiano si è spinto ancora oltre. Con la legge Salvi 327/2000, è arrivato a rendere fissi alcuni valori quali il costo della manodopera, facendo diventare automaticamente anomale tutte le offerte che si discostano dalle tabelle ufficiali fissate dal Ministero. Ebbene secondo i giudici europei, ogni limitazione delle possibilità di valutazione dei ribassi è contraria alle regole comunitarie.

La Corte se la prende successivamente anche con la prassi seguita da gran parte delle stazioni appaltanti, anche se non espressamente codificata nella Merloni, di limitarsi a richiedere le giustificazioni delle offerte anomale solo in via preventiva, senza poi instaurare con i concorrenti un contraddittorio aperto anche dopo l’apertura delle buste.

Più sfumato invece il giudizio sul metodo di calcolo della soglia di anomalia: il fatto che l’Italia abbia codificato nella legge un criterio matematico di per sé non è contrario ai principi comunitari, perché la direttiva sul punto lascia liberi gli Stati. Quello che invece non può accadere è che il criterio matematico sia “immutabile”. La Corte in merito chiede un minimo di elasticità per le amministrazioni che devono poter prendere in considerazione anche i livelli di anomalia di appalti analoghi. Un’elasticità che nella Merloni non si rintraccia.

Donatella Del Vescovo