

## Scheda informativa

### Gestione delle offerte anormalmente basse

(art. 38 cpv. 3 e art. 44 cpv. 2 lett. c LAPub/CIAP 2019)

Berna, 1° giugno 2023 (v. 1.0)

In relazione alla revisione della legge in materia di acquisti pubblici e all'obiettivo di cambiare la cultura dell'aggiudicazione per considerare maggiormente la qualità, si pone la questione se e come le offerte «anormalmente basse», ovvero quelle che presentano un prezzo complessivo o elementi di costo bassi rispetto alle altre offerte, possano essere incluse nella valutazione delle offerte.

I servizi di aggiudicazione sono ora giuridicamente obbligati a «richiedere informazioni utili» agli offerenti se questi hanno presentato un'«offerta anormalmente bassa». Lo scopo di questa richiesta è di accertare se le condizioni di partecipazione sono adempite e se sono state comprese le altre condizioni del bando (art. 38 cpv. 3 LAPub/CIAP).

Se malgrado tale richiesta l'offerente interessato non «fornisce la prova» di avere adempito le condizioni di partecipazione e non garantisce una fornitura conforme al contratto delle prestazioni a concorso, il servizio di aggiudicazione può escludere l'offerente dalla procedura di aggiudicazione (art. 44 cpv. 2 lett. c LAPub/CIAP).

#### Le offerte anormalmente basse nel diritto vigente e in quello riveduto (LAPub/CIAP)

La legge federale sugli acquisti pubblici vigente fino alla fine del 2020 e il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP 2001) non contenevano ancora disposizioni che disciplinano in modo esplicito la gestione di offerte anormalmente basse. La possibilità di chiedere spiegazioni era concepita come disposizione potestativa: per le offerte il cui prezzo era «straordinariamente inferiore» o «insolitamente più basso» rispetto alle altre il committente *poteva* chiedere all'offerente se vi fosse un motivo di esclusione ai sensi dell'articolo 11 vLAPub (art. 25 cpv. 4 vOAPub) o se fossero adempite le condizioni di partecipazione e se fosse in grado di soddisfare le condizioni della commessa (§ 31 DAAP).

Con la nuova legge, secondo l'articolo 38 capoverso 3 LAPub/CIAP in caso di offerte anormalmente basse il committente *deve* richiedere all'offerente informazioni utili per accertare se sono adempite le condizioni di partecipazione e se sono state comprese le modalità di esecuzione della commessa. Se non sussistono indizi sufficienti per l'adempimento delle condizioni di partecipazione e la garanzia di una fornitura conforme al contratto delle prestazioni a concorso, il servizio di aggiudicazione può escludere l'offerente dalla procedura (cfr. art. 44 cpv. 2 lett. c LAPub/CIAP). In questo caso, il committente notifica la decisione di esclusione all'offerente (art. 51 cpv. 1 LAPub/CIAP).

Il nuovo diritto in materia di appalti pubblici della Confederazione si differenzia da quello dei Cantoni in un punto: mentre l'articolo 38 capoverso 3 LAPub si riferisce a un «prezzo complessivo» anormalmente basso, l'articolo 38 capoverso 3 CIAP utilizza il termine un pò più generico «prezzo» anormalmente basso. Con questa scelta lessicale, i Cantoni intendono garantire la possibilità di esclusione anche per le offerte con *prezzi singoli* anormalmente bassi ma con un prezzo complessivo che non risulta tale (cfr. al riguardo il modello di messaggio dell'OiAp sul CIAP 2019 del 16.01.2020, p. 90).

#### Sostanziale libertà nel calcolo del prezzo

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, gli offerenti sono in linea di massima liberi di calcolare i prezzi delle loro offerte nel rispetto delle condizioni definite nel bando.

Come il Tribunale federale ha più volte rilevato (cfr. DTF 143 II 553 consid. 7), le offerte con prezzi relativamente bassi non sono vietate in quanto tali purché l'offerente adempì le condizioni di partecipazione, i requisiti della prestazione stessa e i criteri di idoneità (idoneità professionale, finanziaria, economica, tecnica e organizzativa).

Pertanto, anche in casi di importanti differenze di prezzo, i servizi di aggiudicazione non possono

escludere a priori dall'aggiudicazione un'offerta molto bassa. Secondo il Tribunale federale, occorre chiarire nei limiti imposti dalla ragionevolezza se l'offerta particolarmente bassa in termini di prezzo può essere realizzata al prezzo proposto. Se gli accertamenti supplementari dimostrano che l'offerta particolarmente bassa presenta effettivamente delle lacune, quest'ultima deve essere esclusa o valutata come inferiore a causa di queste lacune, e non a causa del prezzo basso.

#### **Modalità di calcolo del prezzo non ammesse**

In ogni caso non sono ammesse offerte che violano la legge federale contro la concorrenza sleale (LCSI; ad es. le cosiddette «offerte civetta») o la legge federale sui cartelli (LCart). Situazioni simili potrebbero verificarsi ad esempio quando un offerente abusa del suo potere di mercato nei confronti dei concorrenti secondo l'articolo 7 Lcart o quando un'impresa azzera la differenza rispetto ai prezzi che coprono i costi con mezzi illegali, ad esempio violando contratti collettivi di lavoro o facendo capo a risparmi risultanti dalla sottrazione di imposte e di tasse. Secondo l'articolo 44 capoverso 1 lettera g o l'articolo 44 capoverso 2 lettere b, f, g o h LAPub/CIAP, per tali offerte sussistono motivi di esclusione.

Dalla giurisprudenza risulta inoltre che le offerte in cui un sovvenzionamento trasversale porta a un calcolo più vantaggioso sono problematiche (sentenza del TF 2C\_838/2019). In caso di sospetto sovvenzionamento trasversale, il servizio di aggiudicazione ha quindi un obbligo di verifica adeguato alle circostanze particolari, ad esempio se gli offerenti pubblici (o controllati dall'ente pubblico) presentano un'offerta (cfr. sentenza del TAF B-3797/2015; sentenza del TF 2C\_582/2016).

#### **Quando un'offerta è anormalmente bassa?**

Vista la menzionata giurisprudenza del Tribunale federale e la formulazione aperta della legislazione sugli appalti pubblici e considerando la disposizione che ne definisce lo scopo (art. 2 LAPub/CIAP), occorre decidere nel singolo caso se un'offerta risulta anormalmente bassa.

La legge non definisce quando un'offerta è da considerarsi anormalmente bassa. Un'offerta anormalmente bassa deve essere identificata in base a un confronto relativo con le altre offerte, i valori empirici derivanti da appalti precedenti o dalla stima interna dei costi. Si tratta spesso (ma non necessariamente sempre) di un'offerta che non copre i costi d'investimento.

Dal punto di vista teorico, il prezzo corretto di una prestazione può essere calcolato a partire dai costi d'investimento dell'offerente (salario, materiale, prestazioni e costi fissi) ai quali si aggiunge un

marginale usuale per il settore e il mercato. Un offerente che presenta un'offerta di prezzo anormalmente bassa mette quindi in conto una perdita economica nel quadro della transazione in questione al fine di ottenere per sé effetti positivi.

In Svizzera, la prassi non ha definito alcuna regola generale che statuisca con quale scarto percentuale rispetto ai prezzi delle offerte dei concorrenti («soglia di intervento») si sia di fronte a un'offerta insolitamente bassa (cfr. però ad es. le sentenze della corte di diritto amministrativo del Tribunale del Cantone di Vaud in cui uno scarto del 30 % rispetto alla media è stato riconosciuto come indizio [MPU.2013.0003 e MPU2020.0019]. Il Tribunale amministrativo del Cantone di Argovia ha invece stabilito in una sentenza che nel settore dei servizi differenze di prezzo del 25 per cento non sono affatto inusuali e non lasciano supporre di per sé la natura sleale di un'offerta [«dumping»; AGVE 2014 pag. 192]. In Germania, l'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf ha giustificato una soglia di intervento in caso di scostamento di «almeno il 20 per cento» rispetto all'offerta immediatamente superiore [VII-Verg 26/19].

Le differenze percentuali rispetto a valori empirici a lungo termine possono essere l'indizio di un'offerta anormalmente bassa, ma non esimono tuttavia il servizio di aggiudicazione dal chiarire se l'offerta particolarmente bassa in termini di prezzo può essere realizzata al prezzo proposto.

#### **Portata delle prove da fornire: i principi statuiti dal diritto internazionale**

Poiché né la LAPub né il CIAP si esprimono sulla portata delle prove da fornire, ai fini della loro interpretazione è giustificato considerare, nell'ottica del diritto comparato, la regolamentazione prevista dall'UE in caso di offerte che appaiono anormalmente basse (direttiva 2014/24/UE): le considerazioni introduttive stabiliscono al numero 103 che «le offerte che appaiono anormalmente basse rispetto ai lavori, alle forniture o ai servizi *potrebbero basarsi su valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico*». In questo caso, il servizio di aggiudicazione impone all'offerente di fornire spiegazioni. Secondo l'articolo 69 paragrafo 2 della summenzionata direttiva dell'UE, le spiegazioni possono in particolare riferirsi a: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; d) il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro; e) il rispetto

degli obblighi da parte dei subappaltatori; f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

Il servizio di aggiudicazione valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Il servizio di aggiudicazione può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi summenzionati.

#### **Casi in cui sono ammesse esclusioni**

L'esclusione di un'offerta anormalmente bassa può quindi essere necessaria nel singolo caso se, malgrado le informazioni raccolte presso l'offerente, sussistono indizi sufficienti di inadempimento delle condizioni di partecipazione nonché la mancanza della garanzia di una fornitura conforme al contratto delle prestazioni a concorso. Occorre tuttavia tenere presente che l'offerente,

all'atto di dimostrare che le condizioni di partecipazione possono essere adempite e le condizioni contrattuali possono essere soddisfatte, non deve fornire prove in senso tecnico-giuridico (sentenze del TF 2P.70/2006 e 2P.71/2006).

Un'esclusione può avvenire ad esempio quando verifiche approfondite portano a concludere che l'offerente non sia effettivamente in grado di fornire le prestazioni richieste al prezzo proposto e di soddisfare le modalità della commessa (sentenza del TAF B-2686/2022).

#### **Per ulteriori informazioni**

Segreteria della KBOB

[kbob@bbl.admin.ch](mailto:kbob@bbl.admin.ch)

Segreteria della CA

[bkb@bbl.admin.ch](mailto:bkb@bbl.admin.ch)