

LA VERIFICA DI ANOMALIA NELL'APPALTO PUBBLICO DI LAVORI TRA NORMATIVA COMUNITARIA E NAZIONALE

Avv. Daniele Maccarrone

- 1) *Le norme*
- 2) *Le questioni*
- 3) *a) gli appalti sotto soglia e quelli sopra soglia comunitaria*
- 4) *b) i criteri di calcolo della soglia di anomalia*
- 5) *c) il procedimento di verifica dell'anomalia*
- 6) *d) la verifica negli appalti sotto soglia con meno di cinque offerte valide*
- 7) *e) la tutela giurisdizionale ed il limite della discrezionalità tecnico-amministrativa*
- 8) *Considerazioni conclusive*

* * *

1. *Le norme*

Articolo 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 numero 109, nel testo sostituito dall'articolo 7 della legge 18 novembre 1998 numero 415.

“Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiori a 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'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. A tal fine la pubblica amministrazione può prendere in considerazione entro il termine di 60 giorni dalla data di presentazione delle offerte 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 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 per cento di quello posto a base d'asta. Relativamente ai soli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso superiore alla percentuale fissata ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque”.

Articolo 30.4 della Direttiva CEE del 14 giugno 1993 numero 93/37

“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 soluzioni 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 aggiudicatrice 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 a un ritardo sostanziale e comprometterebbe l'interesse pubblico per la realizzazione dell'appalto in questione. Il ricorso a questa procedura eccezionale è menzionato nell'avviso di cui all'articolo 11, paragrafo 5".

2. Le questioni

All'esame delle questioni poste dalle norme sopra riportate, bisogna far precedere alcune considerazioni generali sull'anomalia, che ci aiuteranno nel corso dell'esposizione.

L'istituto dell'anomalia risponde all'esigenza che le offerte delle imprese partecipanti siano tali da assicurare la buona esecuzione dell'opera e garantiscano un utile all'imprenditore.¹

Si vuole evitare cioè, che possano conseguire l'aggiudicazione le offerte particolarmente basse, che pur essendo apparentemente convenienti per l'amministrazione, determinino ostacoli e rallentamenti nella realizzazione dell'opera.

L'istituto nasce dalla constatazione che spesso le imprese, pur di risultare aggiudicatarie, presentavano offerte assai vantaggiose per la stazione appaltante, che però non erano serie e determinavano puntualmente arbitrarie sospensioni dei lavori, abbandoni del cantiere, richieste di revisioni prezzi, utilizzo di materiali scadenti, utilizzo di manodopera "in nero", mancato rispetto delle norme in materia di sicurezza e quant'altro non garantiva la buona esecuzione dei lavori nel tempo previsto in contratto.

E ciò perché l'impresa, successivamente all'aggiudicazione, cercava di recuperare il ribasso offerto durante la fase dell'esecuzione e se questo non le riusciva, abbandonava il cantiere cercando di addossare le responsabilità alla stazione appaltante, dando vita ad un contenzioso assai lungo, idoneo a paralizzare la realizzazione dell'opera pubblica.

E' nata così l'esigenza di prevedere un meccanismo che escludesse "a priori" dalla possibile aggiudicazione, le offerte che apparissero poco serie, per l'ammontare del ribasso in relazione al mercato.

Un meccanismo però, che fosse tale da limitare il più possibile la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta delle offerte da ritenere anomale.

Da qui la soluzione di individuare, mediante criteri matematici predeterminati, dei livelli di anomalia che diventano, come appresso vedremo, livelli di esclusione automatica, per gli appalti sotto soglia comunitaria e livelli di verifica, per gli appalti pari o superiori alla soglia comunitaria.

Fatta questa premessa generale, possiamo occuparci delle questioni nascenti dalle predette norme, nell'ordine logico-giuridico in cui queste si pongono all'attenzione dell'operatore nelle varie fasi di gara: presentazione delle offerte, calcolo delle medie, individuazione della soglia di anomalia; esclusione o verifica; rimedi giurisdizionali.

3. a) gli appalti sotto soglia e quelli sopra soglia comunitaria

La prima questione posta è relativa alla diversa disciplina dell'anomalia negli appalti sotto soglia ed in quelli sopra soglia comunitaria.

Per i primi infatti, che sono quelli di importo inferiore alla soglia di cinquemila Ecu, è previsto il meccanismo della esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia individuata nei modi indicati al paragrafo successivo.²

¹ Per una ricostruzione storica dell'istituto, si veda Cianflone in *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè 1999, pagg. 477 e ss.; R. De Nictolis in *Le offerte anomale nei pubblici appalti*, Ipsoa 1999, pagg. 2 ss.

² cfr. Mazzocco, Angeletti, Zoppoloto in *Legge quadro sui lavori pubblici*, pagg.334 ss.

Il raggiungimento ed il superamento del limite di anomalia, determina l'esclusione dell'impresa dalla gara, senza che questa abbia la possibilità di dimostrare la congruità della sua offerta.

La soglia di anomalia diviene cioè soglia di esclusione.

Per i secondi invece, che sono quelli di importo pari o superiore a cinquemila Ecu, è disposta la verifica in contraddittorio delle offerte che sono pari o superiori alla soglia di anomalia.³

E l'esclusione verrà eventualmente disposta solo dopo che, a seguito delle verifiche fatte dall'amministrazione, l'offerta dovesse risultare effettivamente anomala, cioè non in grado di coprire i costi e garantire un utile all'imprenditore.

La soglia di anomalia quindi, non diviene soglia di esclusione, bensì soglia di verifica.

La distinzione ai fini dell'anomalia tra appalti sopra e sotto soglia comunitaria è dovuta all'impostazione tradizionale che il legislatore nazionale ha avuto in materia d'anomalia, contrapposta nettamente a quella del legislatore comunitario.⁴

Per il primo infatti, le offerte anomale sono considerate un fattore di turbamento del mercato, perché espongono le amministrazioni al rischio di lavori mal fatti o ritardati o abbandonati e, comunque, caratterizzati da una elevata litigiosità e vanno conseguentemente escluse dalla procedura di gara.

Per il secondo invece, l'anomalia dell'offerta viene vista come possibile violazione della correttezza del mercato, cioè come elemento di alterazione del principio della libera concorrenza.

In questo caso, l'offerta non è esclusa automaticamente sulla base di criteri matematici, ma occorre sempre una motivata valutazione e decisione dell'amministrazione, che tenga conto delle giustificazioni fornite in contraddittorio dalle imprese presunte anomale

Si è dubitato a lungo della legittimità costituzionale dell'esclusione automatica delle offerte anomale, negli appalti sotto soglia, ritenendo che una tale previsione potesse violare i principi di libertà economica dell'articolo 41 della Costituzione, nella parte in cui non consente all'impresa di giovare della sua migliore capacità e delle economie che ottiene da questa; di buona amministrazione dell'articolo 97 della Costituzione, nella parte in cui non viene verificata concretamente la serietà dell'offerta e la sua idoneità a garantire all'amministrazione il lavoro ad un costo più vantaggioso; di eguaglianza dell'articolo 3 della Costituzione, per la disparità di trattamento tra gli imprenditori che partecipano alle gare sopra soglia, sottoposti a verifica in contraddittorio, e quelli che partecipano alle gare sotto soglia, che invece vengono esclusi automaticamente.

L'esclusione automatica infatti, d'una canto priva l'amministrazione della possibilità di aggiudicare l'appalto a prezzi veramente convenienti, benché presuntivamente anomali; e d'altro canto, preclude all'imprenditore ogni giustificazione a sostegno del prezzo offerto.

La Corte Costituzionale, chiamata ad occuparsi del problema, con sentenza del 5 marzo 1998 numero 40, ha ritenuto che *"...non è fondata, in relazione agli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 nel testo aggiunto con il decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216, che prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale, in relazione agli articoli 97 e 3 della Costituzione, rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta dei mezzi con cui garantire la serietà e congruità delle offerte nei pubblici appalti, e non essendo arbitraria l'opzione per la esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di minore importo, né irragionevole il criterio di determinazione del ribasso ammissibile, basato sulla media di tutte le offerte ammesse..."*.

Secondo la Corte, per gli appalti che non rientrano nella disciplina comunitaria, l'esigenza di garantire la serietà dell'offerta, in relazione al ribasso proposto, può essere perseguita anche con modalità diverse, rispetto a quelle scelte dal legislatore comunitario.

³ Nel testo precedente dell'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94 la procedura di verifica prevista dalla normativa comunitaria trovava applicazione alle offerte che presentassero un ribasso superiore alla soglia di anomalia, mentre il testo vigente prevede che sia sottoposte a verifica anche le offerte che presentano un ribasso pari alla soglia di anomalia.

⁴ In tema di compatibilità con il sistema comunitario d'un meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia, si veda A. G. Orofino, *L'automatismo nell'esclusione delle offerte anomale negli appalti di lavori pubblici sotto soglia*, pubblicato su Giust.it numero 7/2000, secondo cui benché si possa discutere della opportunità di mantenere o meno una disciplina in stridente contrasto con quella posta a livello comunitario, non pare potersi dubitare della possibilità del legislatore nazionale di discostarsi dalle precitate direttive Cee, giacché le stesse si limitano esclusivamente a regolamentare gli appalti sopra soglia, non essendo viceversa vincolanti per quanto riguarda gli appalti sotto soglia.

Ed il nostro legislatore ha escluso la discrezionalità dell'amministrazione, restringendo la scelta del prezzo più basso in una fascia delimitata secondo un criterio predeterminato, nel cui ambito si presume che l'offerta sia affidabile.⁵

La media delle offerte esprimerebbe un prezzo che, in base appunto ad una valutazione "media", è considerato adeguato e rispetto al quale un ribasso entro i limiti della percentuale prevista dalla legge non metterebbe a rischio la serietà dell'offerta.

Ciò vale ancor più se si considera, come confermato da un'ulteriore pronuncia della stessa Corte⁶, che tale meccanismo è previsto per gli appalti di minore importo, per i quali una più complessa procedura di analisi delle offerte potrebbe ritenersi eccessivamente onerosa rispetto al beneficio che deriverebbe dal minor prezzo eventualmente ottenibile e tale da rendere meno tempestiva l'aggiudicazione dei lavori.

La legittimità della previsione della esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti sotto soglia comunitaria, è stata successivamente confermata dal Consiglio di Stato⁷, secondo il quale la soluzione legislativa di prevedere l'esclusione automatica per gli appalti sotto soglia, pur criticata da una parte della dottrina (e certamente opinabile nel merito, come tutte le scelte di politica normativa), non appare priva di ragionevolezza.

Per gli appalti soggetti alla disciplina comunitaria, il legislatore nazionale era incondizionatamente vincolato a dettare regole pienamente conformi alle previsioni contenute nelle apposite direttive in materia di appalti di lavori, le quali hanno ripetutamente affermato il principio della verifica in contraddittorio, consentendo solo eccezionali deroghe di carattere temporaneo.

Al contrario, per gli appalti infracomunitari, il legislatore (tenendo conto anche delle peculiarità di tale settore del mercato, nel quale, solitamente, non operano le imprese di dimensione europea, ma, prevalentemente, piccoli nuclei produttivi di rilievo locale) ha ritenuto meritevole di specifica protezione l'esigenza di semplificare il procedimento di esclusione delle offerte anomale, garantendo la celerità della realizzazione delle opere.

In questa prospettiva, la disciplina incentrata sull'automatismo muove da diverse premesse giustificative, che di seguito brevemente si riportano:

A) Nelle gare relative agli appalti di minore importo si realizza, inevitabilmente, una più ampia partecipazione di concorrenti.

E poiché entrano in giuoco anche le cosiddette imprese marginali, dotate di minori requisiti di affidabilità tecnica ed economica, cresce il rischio della presentazione di offerte anomale.

B) In ogni caso, occorre considerare che tanto più è elevato il numero dei concorrenti, tanto maggiore è, sul piano puramente quantitativo, la probabilità che molte offerte superino la soglia dell'anomalia.

Ne consegue l'assoluta inopportunità della verifica in contraddittorio, la quale, se resa obbligatoria, determinerebbe un notevole appesantimento della procedura.

C) L'attribuzione di un accentuato potere discrezionale all'amministrazione (sproporzionato in relazione all'entità dell'opera), oltre a comportare accentuati rischi di abusi, o, quanto meno di inadeguatezza obiettiva dei giudizi, aumenta notevolmente la probabilità di un diffuso contenzioso, originato dalle controversie sulla legittimità dell'ammissione o dalla mancata ammissione di determinati concorrenti, con evidenti, gravi, ripercussioni sui tempi della concreta esecuzione dell'opera, ritardata per effetto di provvedimenti di autotutela dell'amministrazione o di misure cautelari giurisdizionali.

D) La valutazione delle offerte anomale attraverso il peculiare procedimento di verifica in contraddittorio implica un apprezzamento di notevole complessità, esigendo particolari misure organizzative da parte delle varie Amministrazioni e delle singole unità responsabili del procedimento di scelta del contraente, non sempre adeguate alla concreta importanza dell'appalto: si pensi alla necessità di integrare sempre la commissione di gara con qualificati esperti della materia anche nei casi in cui l'aggiudicazione al prezzo più basso potrebbe rendere superflua la stessa formazione di un organo collegiale.

A ciò va aggiunto per il Consiglio di Stato, la circostanza che la disciplina dell'esclusione automatica non si pone in contrasto con i principi desumibili dalla normativa costituzionale, come ritenuto dalla Corte costituzionale, con la predetta sentenza 5 marzo 1998 n. 40.

Ne consegue che la procedura di esclusione automatica mira in ogni caso ad assicurare la corretta dinamica del mercato concorrenziale, attraverso un meccanismo che, pur non privo di inconvenienti,

⁵ cfr. sul punto R. De Nictolis, *opera citata*, pagg. 86 ss.

⁶ La Corte Costituzionale, con ordinanza del 9 luglio 1998 numero 258, ha ritenuto che la distinzione fra appalti sopra e sotto soglia è basata sulla diversa complessità delle verifiche e sul differente valore dei lavori.

⁷ V sezione, 11 maggio 1998 numero 226.

elimina il rischio delle distorsioni derivanti dalla operatività di valutazioni ampiamente discrezionali riservate all'amministrazione.

Ed in questo senso, la preventiva definizione della soglia di anomalia consente a tutti i concorrenti, su un piano di assoluta parità, di calibrare la misura dell'offerta proposta.

In conclusione quindi, può ritenersi che ad oggi non sussista alcun dubbio sulla legittimità per gli appalti sotto soglia, della previsione di esclusione automatica delle offerte che superino la soglia di anomalia, perché non esiste né una violazione dei principi costituzionali, né altresì una violazione dei principi comunitari contenuti nella direttiva Cee 93/37.

5. b) i criteri di calcolo della soglia di anomalia

Un ruolo determinante in tema di anomalia lo assume ovviamente la soglia di anomalia ed i criteri per individuarla.

Il testo dell'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94, antecedente alle modifiche apportate con la Merloni Ter, Legge 18 novembre 1998 numero 415, prevedeva l'esclusione automatica soltanto per i ribassi superiori alla soglia di anomalia non anche per quelli che fossero pari alla predetta soglia e rimetteva l'individuazione della soglia di anomalia ad un decreto da emanarsi ogni anno da parte del Ministero dei lavori pubblici.

Il D.M. 28 aprile 1997 a tal uopo, stabiliva che la soglia di anomalia per il 1997 fosse pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata dello scarto aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.⁸

Ad esempio: dopo la fase di qualificazione vengono ammesse in gara 10 imprese che hanno presentato i seguenti ribassi percentuali A (4); B (3); C (8); D (5); E (2); F (6); G (12); H (11); I (7); L (14). La media aritmetica dei ribassi è pari a 7,2 ($4+3+8+5+2+6+12+11+7+14=72:10=7,2$). Lo scarto aritmetico è pari a 3,55 ($8-7,2=0,8$; $12-7,2=4,8$; $11-7,2=3,8$; $14-7,2=6,8$; $0,8+4,8+3,8+6,8=14,2:4=3,55$).

La soglia di anomalia è quindi pari a 10,75 frutto della somma tra 7,2 (media aritmetica dei ribassi) e 3,55 (scarto aritmetico medio).

Superano la predetta soglia e risultano quindi anomale le offerte G (12), H (11) e L (14).

I criteri indicati nel predetto D.M. tuttavia prestavano il fianco ad alcuni inconvenienti.

Si pensi al caso in cui vi fosse in gara un'offerta che superasse di gran lunga la media delle altre offerte, questa sarebbe risultata aggiudicataria, nonostante il suo vistoso discostarsi dalle altre offerte la facesse ritenere palesemente anomala.

Si consideri ad esempio una gara in cui vengono ammesse 6 imprese con i seguenti ribassi: A (3); B (3,5); C (4,5); D (5); E (2); F (45). La media aritmetica dei ribassi sarebbe stata pari a 10,5 ($3+3,5+4,5+5+2+45=63:6=10,5$). Lo scarto aritmetico medio sarebbe stato di 34,5 ($45-10,5=34,5$), pari alla differenza tra la media di 10,5 e l'unico ribasso (45) che la superava.

La soglia di anomalia sarebbe stata quindi pari a 45, frutto della somma della media aritmetica dei ribassi (10,5) con lo scarto aritmetico medio (34,5) dei ribassi che superavano la predetta media ($10,5+34,5=45$).

La soglia di anomalia quindi, sarebbe risultata uguale al ribasso offerto dall'unica impresa che aveva offerto un ribasso vistosamente superiore a quello delle altre.

Tale ribasso, in quanto pari e non superiore alla soglia di anomalia, non sarebbe stato escluso ma avrebbe addirittura conseguito l'aggiudicazione.

Queste irrazionalità, idonee a vanificare la ratio sottesa al sistema di esclusione delle offerte anormalmente basse, sono venute meno con i correttivi introdotti con la Merloni Ter, la quale d'un canto ha previsto che va sottoposta a verifica d'anomalia o viene esclusa direttamente, a seconda che trattasi di appalto sopra o sotto soglia, non solo l'offerta che supera la soglia di anomalia ma anche quella che la dovesse eguagliare.

E d'altro canto, ha previsto il cosiddetto taglio delle ali, cioè l'esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso.

Il testo vigente dell'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94 prevede quindi i seguenti passaggi:

a) vanno anzitutto individuate le imprese ammesse a partecipare alla gara e le relative offerte;

⁸ Sui problemi esegetici posti dal D.M. 28 aprile 1997 cfr. R. De Nictolis, *opera citata*, pagg. 109 ss.

- b) una volta stabilita una graduatoria delle offerte in ordine decrescente in ragione dei ribassi prospettati, deve essere effettuato l'accantonamento del 10% sia delle offerte di maggiore ribasso sia di quelle di minore ribasso, tenendo presente la necessità di arrotondamento all'unità superiore, al fine di escludere le offerte rientranti nell'accantonamento dal calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse (cd. taglio delle ali);
- c) successivamente si procede alla determinazione della suddetta media aritmetica dei ribassi percentuali relativi alle offerte superstiti, per poi individuare quali tra queste presentino dei ribassi percentuali che superino la media;
- d) stabilito lo "scarto" e cioè la differenza che intercorre tra ciascun ribasso percentuale che supera la media e la media stessa, dovrà individuarsi pure la media degli scarti, dividendo per il loro numero il risultato della somma di ciascun valore;
- e) a questo punto si potrà procedere alla individuazione della percentuale di anomalia incrementando il valore ottenuto dalla media dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse con quello ottenuto dalla media degli scarti che superano la prima (di cui al precedente punto d).
- f) ottenuta la soglia di anomalia, saranno considerate anomale tutte le offerte che risultino portare un ribasso pari o superiore al predetto valore.⁹

Ad esempio: dopo la fase di qualificazione vengono ammesse in gara 10 imprese che hanno presentato i seguenti ribassi percentuali A (4); B (3); C (8); D (5); E (2); F (6); G (12); H (11); I (7); L (14). Viene escluso il 10 % delle offerte di maggior ribasso, cioè un'offerta, che è L (14) ed il 10% delle imprese di minor ribasso, un'altra offerta, che è E (2). Sommo i ribassi delle altre imprese rimaste in gara ($4+3+8+5+6+12+11+7= 56$) e divido per 8 e trovo così la media dei ribassi ($56:8= 7$), pari a 7.

Trovo lo scarto aritmetico medio, cioè la media dei ribassi che superano la predetta media aritmetica, pari a 4,5 ($12-7= 5$; $11-7= 4$; $5+4= 9:2= 4,5$).

Sommo la media aritmetica dei ribassi (7), con la scarto aritmetico medio delle offerte rimaste in gara (4,5) ed ottengo così la soglia di anomalia pari a 11,5%. ($7+4,5= 11,5$).

L'offerta anomala quindi, risulta essere quella di G (12) che supera la predetta media.

Se si tratta di un appalto pari o superiore alla soglia comunitaria, l'offerta in questione andrà a verifica, altrimenti se trattasi di importo inferiore alla soglia, verrà esclusa automaticamente

Il predetto criterio, pur avendo superato le penetranti obiezioni mosse al D.M. 28 aprile 1997, non è riuscito ad evitare qualche dubbio interpretativo in ordine al taglio delle ali.

a) Per un primo aspetto, ci si è chiesti se il taglio delle offerte di maggiore e minore ribasso valesse solo per il calcolo della media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse oppure riguardasse anche il calcolo dello scarto aritmetico medio.

In altre parole, le ali avrebbero dovuto essere escluse da ogni calcolo, oppure di esse se ne sarebbe tenuto conto ai fini del calcolo dello scarto.

Secondo alcuni, le offerte di maggiore e minore ribasso non avrebbero concorso né per la media aritmetica dei ribassi, né per la determinazione dello scarto aritmetico medio.

Secondo altri invece, il taglio delle ali avrebbe riguardato soltanto il calcolo della media dei ribassi, con la conseguenza che le ali avrebbero dovuto essere conteggiate ai fini del calcolo dello scarto, che sarebbe stato pari alla media tra tutti i ribassi, inclusi quelli delle ali, superiori alla predetta media.

Il Consiglio di Stato, investito della questione, con parere del 3 marzo 1999 numero 285 ha ritenuto che l'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94 vada interpretato nel senso che dell'esclusione delle offerte estreme deve tenersi conto tanto nel calcolo della media dei ribassi, quanto nel calcolo dello scarto.

E ciò perché, la ratio del taglio delle ali non deve soffrire eccezioni od intermittenze nello sviluppo logico e aritmetico della determinazione della soglia di anomalia, e quindi un metodo di calcolo che prendesse in considerazione il correttivo solo ai fini di una delle due operazioni in successione, e non di entrambe, sarebbe intrinsecamente contraddittorio, in quanto darebbe luogo a due giudizi di valore giuridico fra loro incompatibili ed antitetici.

Secondo l'organo consultivo, la tesi opposta si tradurrebbe in una formula disomogenea ed irrazionale perché per definire la media degli scarti (vale a dire un elemento semplicemente correttivo della media delle offerte) includerebbe nel calcolo fattori già esclusi (le offerte di margine) dall'elemento corretto, che questo non hanno concorso a determinare: sicché trattandosi di una correzione che ha i caratteri e lo scopo di un affinamento ulteriore della media delle offerte da prendere in considerazione ai fini del

⁹ Così Tar Calabria, 9 novembre 1999 numero 1337.

calcolo, non si vede perché tali fattori prima esclusi dovrebbero concorrere a definire questo ulteriore affinamento.

Questa soluzione è stata poi trasfusa nella circolare interpretativa del Ministero dei lavori pubblici del 19 aprile 1999 numero 568.

Ed oggi è pacificamente applicata dalla giurisprudenza, secondo la quale “...il c.d. “taglio delle ali” si fonda sulla presunzione che le offerte delle suddette fasce estreme, più che ad una reale intenzione di contrarre, rispondano all’obiettivo di condizionare la determinazione della media e della soglia di anomalia. Questa è una presunzione di ordine generale, che non può soffrire interruzioni o intermittenze nello sviluppo logico ed aritmetico dell’operazione di determinazione della soglia di anomalia. L’esclusione di un elemento nella prima fase (calcolo della media delle offerte) ed il recupero di esso nella seconda (calcolo della media degli scarti) darebbe luogo ad un metodo di calcolo sicuramente contraddittorio.

Tale contraddittorietà, poi, sarebbe anche illogica ed irrazionale, giacché si utilizzerebbe nella determinazione di un correttivo (tale è infatti la media degli scarti rispetto alla media delle offerte) un dato che il legislatore ha voluto espressamente escludere nella determinazione dell’elemento principale. Orbene, se il correttivo risponde alla finalità dell’ulteriore affinamento dell’elemento principale e, di conseguenza, entrambi sono diretti al conseguimento dello stesso scopo di evitare che offerte disancorate al mercato possano incidere negativamente sul conteggio, è logico ritenere che di queste ultime non vada tenuto conto neppure nella determinazione dell’elemento di affinamento. Che diversamente opinando, il correttivo, anziché rafforzare l’elemento principale rispetto allo scopo voluto dal Legislatore, ne attuerebbe gli effetti, con evidente discrasia ed irrazionalità del sistema...”¹⁰

b) Per un secondo aspetto, si è posto il problema della individuazione del 10% delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso.

Ci si è chiesti in particolare, se il taglio delle ali riguardasse complessivamente il 10% calcolato su tutte le offerte ammesse (esempio in una gara con 20 imprese ammesse, il 10% è uguale a 2 imprese, taglio una offerta di maggior ribasso ed una di minor ribasso) ovvero il 10% calcolato sulle offerte di maggior ribasso ed un ulteriore 10% sulle offerte di minor ribasso (esempio in una gara con 20 imprese ammesse, il 10% è uguale a 2 imprese, taglio due offerte di maggior ribasso e due di minor ribasso).

La giurisprudenza amministrativa, davanti a tali alternative, ha dato prevalenza al dato letterale della norma, che parla “del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”, finendo per ritenere che l’utilizzo dell’avverbio “rispettivamente”, riferito sia alle offerte di maggior ribasso che a quelle di minor ribasso, collega necessariamente la percentuale del 10%, nella sua interezza, ad entrambe le fattispecie, conducendo complessivamente all’accantonamento del 20% delle offerte presentate.

La stessa giurisprudenza ammette tuttavia che di tale norma potrebbero ipotizzarsi in astratto tre interpretazioni:

b.1) la prima è che la predetta percentuale del 10% andrebbe calcolata sul totale complessivo delle offerte e per prima andrebbe eliminata l’offerta di maggior ribasso, per seconda quella di minor ribasso e così via;

b.2) la seconda è che la predetta percentuale del 10% andrebbe calcolata sul totale complessivo delle offerte e tale identica percentuale andrebbe detratta sia dalle offerte di maggior ribasso, che dalle offerte di minor ribasso;

b.3) la terza è che si dovrebbe procedere alla formazione di due gruppi di offerte di maggiore e di minore ribasso e poi eliminare il 10% delle offerte inserite in ciascuno dei due gruppi.

Accogliendo la prima o la terza delle predette interpretazioni il numero delle offerte da non considerare sarebbe nel complesso inferiore rispetto a quello di cui all’altra interpretazione possibile: infatti, con riferimento al caso di specie sopra indicato (gara nella quale sono state presentate 20 offerte), ove si seguissero la prima o la terza delle predette interpretazioni nel formare la media andrebbero non

¹⁰ Tar Campania, Salerno, 16 novembre 1999 numero 519. Giurisprudenza pacifica. Si veda, tra le prime, Tar Toscana, II sezione, 26 aprile 1999 numero 311. Successivamente, Tar Piemonte, Torini, II sezione, 20 maggio 1999 numero 334; Tar Lombardia, Brescia, 1 giugno 1999 numero 484; Tar Piemonte, Torino, II sezione, 17 giugno 1999 numero 422; Tar Valle d’Aosta, 21 luglio 1999 numero 94; Tar Umbria, Perugia, 23 settembre 1999 numero 750; Tar Marche, Ancona, 7 ottobre 1999 numero 1068; Tar Basilicata, Potenza, 21 dicembre 1999 numero 682; Tar Campania, Napoli, 9 maggio 2000 numero 1308.

considerate due sole offerte, mentre accogliendo l'interpretazione di cui alla predetta lettera b.2) andrebbero non considerate ben quattro offerte.

La soluzione preferibile tuttavia, è la seconda.

A tale conclusione induce, innanzi tutto, il tenore letterale della norma in questione.

Ed infatti, questa nella parte in cui dispone che «vada escluso il dieci per cento “rispettivamente” delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso» sembra indicare (sia pur non chiaramente) che il dieci per cento debba computarsi - in assenza di una ulteriore e più precisa indicazione - sul totale delle offerte e che con tale percentuale si vadano ad escludere rispettivamente (cioè nella stessa misura) sia offerte di maggior ribasso che offerte di minor ribasso.

Le altre due soluzioni interpretative di cui alle predette lettere b.1) e b.3) introducono, al contrario, elementi che sono totalmente assenti nella lettera della legge:

- secondo l'interpretazione sub lettera b.1), verrebbe indebitamente prevista l'eliminazione per prima dell'offerta di maggior ribasso e per seconda quella di minor ribasso e così via; mentre secondo il dato letterale tale percentuale va sottratta rispettivamente alle offerte di maggior ribasso ed alle offerte di minor ribasso;

- secondo l'interpretazione sub lettera b.3), verrebbe ugualmente prevista la formazione di due gruppi di offerte, secondo una metodica di cui non vi è alcuna indicazione nella norma.

Inoltre, tali interpretazioni presentano indubbiamente dei gravi problemi applicativi, nelle ipotesi in cui sia dispari il numero totale delle offerte pervenute: in tali casi, infatti, non potrebbero formarsi due gruppi uguali di offerte di maggior ribasso e di minor ribasso, mentre le soluzioni prospettate per risolvere tale incongruenza (cioè rispettivamente quella di formare il gruppo più numeroso con le offerte di maggior ribasso o quella di partire con l'eliminazione per prima dell'offerta di maggior ribasso) sarebbero in realtà contrarie agli interessi della pubblica amministrazione di aggiudicare la gara a chi offre uno sconto maggiore.

Né sul punto appare rilevante la circostanza che la legge citi per prime le offerte di maggior ribasso, in quanto la norma fa precedere tale riferimento dall'avverbio «rispettivamente», con ciò escludendo ogni possibile graduazione tra le offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso.

Ugualmente, anche ragioni di ordine logico inducono a preferire l'interpretazione prospettata alla lettera b.2).

Deve rilevarsi inoltre che la disposizione in parola ha l'evidente fine di salvaguardare nei procedimenti di individuazione dei contraenti con la pubblica amministrazione il preminente interesse pubblico alla più ampia partecipazione alla gara, compatibilmente però con l'altro interesse, parimenti pubblico, volto da un lato a garantire la serietà delle offerte e dall'altro ad evitare la presentazione di offerte fittizie proposte al solo scopo di alterare la media in questione.¹¹

Ed infatti, se è pur vero che in materia il “favor” del legislatore è volto ad ammettere alla gara il numero maggiore delle offerte, per altro verso lo scopo della norma in questione di costituire un efficace e valido deterrente alla presentazione di offerte fittizie può essere raggiunto solo ove le offerte da non considerare costituiscano una percentuale significativa.

Ora, l'interpretazione preferibile, che conduce al c.d. taglio delle ali nella misura complessiva del 20% del totale delle offerte presentate (mediante l'eliminazione del 10% delle offerte di maggior ribasso e del 10% di quelle di minor ribasso) costituisce un più efficace deterrente alla presentazione di offerte preparate all'unico scopo di alterare la media.

In tal senso induce anche la considerazione che la norma in parola abbia espressamente previsto che il calcolo del predetto dieci per cento vada arrotondato «all'unità superiore» e ciò proprio all'evidente scopo di rendere più incisivo il c.d. taglio delle ali.

Né appare sul punto condivisibile la tesi secondo la quale l'applicazione di tale metodica porterebbe all'eliminazione di un numero percentualmente troppo elevato di offerte ove sia particolarmente esiguo il numero dei partecipanti alla gara.

In primo luogo perché, per espressa previsione normativa contenuta nell'ultimo capoverso dello stesso comma 1 bis, tale procedura di esclusione automatica «non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque».

¹¹ cfr. sul punto da ultimo Cons. Stato, IV Sez., 15 luglio 1999 n. 1267, in Cons. Stato 1999, I, 1128, e con riferimento all'interpretazione di una norma della legislazione siciliana per molti versi analoga a quella in esame C.G.A. 28 luglio 1998 n. 375.

In secondo luogo perché, per effetto del predetto arrotondamento «all'unità superiore» nel caso in cui il numero delle offerte presentate sia inferiore a dieci, il taglio delle ali comporta di non considerare sempre due offerte, sia che si segua il metodo prospettato alle lettere b.1) e b.3), sia che si segua il procedimento di cui alla lettera b.2).¹²

Alle stesse conclusioni, ma con un articolazione logica diversa, giunge il Tar Campania¹³, il quale ammette che l'articolo 21, comma 1 bis della legge 109/94, non risulta chiarissimo sul punto, poiché l'espressione "*relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso*" si presta a due letture, entrambe sostenibili sul piano logico e grammaticale, in ragione dell'ambiguità che si annida nell'avverbio "*rispettivamente*" riguardo alla individuazione del termine di riferimento degli aggettivi superlativi comparativi "*maggior*" e "*minore*".

Per il predetto Tribunale, si tratta di stabilire se il "*dieci per cento*" deve essere riferito al termine precedente ("*di tutte le offerte ammesse* ") o a quelli seguenti ("*rispettivamente delle offerte di maggior ribasso ed di quelle di minor ribasso*").

Secondo la prima lettura, che riferisce il valore relazionale del comparativo alle locuzioni successive, il "*dieci per cento*" deve essere calcolato rispettivamente nell'ambito delle offerte maggiori e nell'ambito di quelle minori, per cui sarebbe corretta l'interpretazione secondo cui va per prima cosa definito il parametro di riferimento, e cioè la media di tutte le offerte ammesse, e poi vanno individuati i due insiemi delle offerte superiori e di quelle inferiori rispetto ai quali procedere alla individuazione e al taglio del dieci per cento.

In base alla seconda lettura - che dirige il valore relazionale del comparativo al termine precedente nella frase, "*di tutte le offerte ammesse*" - l'avverbio "*rispettivamente*" andrebbe letto in senso disgiuntivo e duplicativo, nel senso cioè di significare la dovuta doppia eliminazione di un dieci per cento di tutte le offerte ammesse sia sull'estremo superiore che su quello inferiore della lista delle offerte medesime.

La prima interpretazione, per il Tribunale, si discosterebbe dal tenore letterale della disposizione in questione, introducendo un passaggio logico ulteriore, non previsto dalla norma, costituito dalla preventiva fissazione della media aritmetica di tutti i ribassi offerti al fine di suddividere le offerte ammesse in due gruppi, per poi individuare all'interno di questi segmenti le "ali" dei ribassi estremi da escludere.

Il senso reso palese dalle parole adoperate nel testo normativo conduce invece a ritenere che l'esclusione degli estremi debba costituire la prima operazione da compiere, operando direttamente sulla lista delle offerte ammesse, in ordine decrescente dei ribassi offerti.

La norma, dunque, va intesa nel senso della esclusione di un doppio dieci per cento di tutte le offerte ammesse, secondo la modalità sopra indicata.

Se il Legislatore avesse inteso introdurre il più complesso metodo seguito nella prima interpretazione, lo avrebbe dovuto esplicitare menzionando il doveroso passaggio intermedio costituito dalla definizione preventiva di una media di tutti i ribassi ammessi, anteriormente al taglio degli estremi, lì dove la norma è univoca nel menzionare e prevedere una sola media, che è quella depurata degli estremi e che, incrementata dello scarto medio aritmetico " correttivo ", individua la soglia di anomalia.

Tale opzione interpretativa introdurrebbe così un immotivato aggravamento del procedimento attraverso una lettura sostanzialmente additiva della disposizione.

Né in senso contrario convince il rilievo secondo cui, la seconda interpretazione qui condivisa finisca per condurre al taglio non più del solo dieci per cento, ma del venti per cento di tutte le offerte ammesse, mentre l'altra sarebbe più fedele al dato normativo perché realizza il taglio del dieci per cento di tutte le offerte ammesse (ovvero del dieci per cento della metà delle offerte superiori alla media e del dieci per cento della metà delle offerte inferiori alla media).

In realtà, secondo il Tribunale, l'obiezione dà per provato ciò che dovrebbe dimostrarsi, e cioè che la legge abbia voluto un taglio complessivamente non superiore al dieci per cento di tutte le offerte ammesse, ripartito tra ribassi troppo alti e ribassi troppo bassi, mentre, alla stregua degli argomenti sopra sviluppati, deve ritenersi al contrario che il legislatore abbia inteso mirare al risultato di depurare le

¹² Così Tar Abruzzo, Pescara, 6 novembre 1999 numero 832; cfr., a conferma, Tar Campania, Salerno, 23 maggio 2000 numero 366).

¹³ Tar Campania, Napoli, 6 settembre 1999 numero 2267.

offerte ammesse di un numero di ribassi ("*rispettivamente* ") troppo alti e troppo bassi pari a due volte il dieci per cento di tutte le offerte ammesse.¹⁴

Non è inutile rilevare infine, che ai fini della individuazione delle offerte che dovevano essere escluse per il taglio delle ali, si è posto di recente il caso, non certo frequente, in cui vi sono più offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso e l'ampiezza dell'ala non consente di escluderle tutte.

Nella fattispecie, in particolare, essendo state ammesse venti offerte, secondo i predetti criteri, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere quattro offerte, due di maggior ribasso e due di minor ribasso.

Senonché la seconda e la terza offerta, tra quelle che presentavano i maggiori ribassi, contenevano la medesima cifra percentuale; da qui l'alternativa se escludere solo la prima e la seconda od anche la terza.

Il Consiglio di Stato¹⁵ ha ritenuto di escludere anche la terza impresa, sostenendo che "*...alla parola "offerte", contenuta nel comma 1 bis del citato articolo 21, va attribuito un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Pertanto, la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia di esclusione, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo della media e dello scarto medio aritmetico...*".

6. c) il procedimento di verifica dell'anomalia

La individuazione della soglia di anomalia per gli appalti sotto il limite comunitario, chiude il problema, poiché determina l'esclusione automatica delle offerte che eguagliano o superano la predetta soglia.

Tanto che abbiamo parlato d'una soglia di anomalia che diviene soglia di esclusione.

Il discorso è diverso per gli appalti pari o superiori al limite comunitario di 5000 Ecu.

In questi casi infatti, individuata la soglia di anomalia, si dovrà procedere a verificare in contraddittorio l'effettiva anomalia delle offerte che eguagliano o superano la predetta soglia.

Tanto che abbiamo parlato d'una soglia d'anomalia che diviene soglia di verifica.

Ed è per questi ultimi che dobbiamo adesso occuparci della fase di verifica in contraddittorio dell'offerta presunta anomala.¹⁶

Il problema attuale è rappresentato dal contrasto tra la disciplina comunitaria che prevede espressamente una verifica in contraddittorio tra la stazione appaltante e l'impresa che, fatte le medie, dovesse risultare presunta anomala, e la disciplina interna che prevede la presentazione, unitamente all'offerta, di giustificazioni relativamente al 75% del prezzo, escludendo così un contraddittorio effettivo.

La giurisprudenza sul punto, non è univoca.

D'un canto, v'è una giurisprudenza ben rappresentata da una pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana¹⁷, secondo cui la innovativa previsione delle giustificazioni «anticipate» ha l'evidente scopo di accelerare il procedimento, e consente all'amministrazione appaltante una valutazione pressoché contestuale all'esame delle offerte.

Valutazione tale da rispettare le esigenze che i dati forniti dall'impresa partecipante siano valutati sotto ogni profilo, e che il giudizio di accettabilità sia fondato sugli elementi economici che essa abbia indicato, nei limiti in cui tali elementi siano valutabili, alla stregua della norma riportata.

Del resto, il precedente sistema non prevedeva nulla di sostanzialmente diverso, posto che il concorrente forniva le giustificazioni a richiesta, ma la loro valutazione era svolta senza ulteriore fase dialettica: il discorso poteva ugualmente esaurirsi nei due momenti della prospettazione di parte e del giudizio dell'ente, anch'esso definitivo e senza appello.

Né la richiesta doveva contenere indicazioni di sorta sui punti che l'Amministrazione appaltante riteneva rilevanti o essenziali, ma poteva essere - e normalmente era - un semplice invito a spiegare le ragioni del ribasso «anomalo».

¹⁴ cfr. a conferma, Tar Calabria, Catanzaro, 9 novembre 1999 numero 1337.

¹⁵ Consiglio di Stato, V sezione, 18 giugno 2001 numero 3216.

¹⁶ Sul procedimento di verifica dell'offerta presunta anomala, con riferimento al termine di 60 giorni previsto dall'articolo 21, comma 1 bis della legge 109/94, nel testo introdotto dalla legge 415/98, cfr. Mazzocco, Angeletti, Zoppolato, *opera citata*, pag. 334.

¹⁷ C.G.A., 6 marzo 1998 numero 127.

La regola dell'importo non inferiore al 75% di quello a base d'asta costituisce soltanto una facilitazione, mirata ad evitare un eccessivo onere esplicativo, e costituisce comunque una facoltà del concorrente, che ben può motivare il ribasso con riferimento all'intera offerta.

Che le spiegazioni vengano poi date prima o dopo l'esame delle offerte è un dato sostanzialmente irrilevante; l'impresa non può utilmente considerare le altre offerte, poiché le giustificazioni hanno valore all'interno della propria, e non possono basarsi su dati comparativi.

Il loro oggetto è dato dai prezzi proposti, confrontati con quelli del mercato, e con le particolari condizioni di favore - proprie di ciascuna impresa - che consentono risparmi attendibili; che poi altri concorrenti abbiano diversamente quantificato singoli prezzi, non sposta l'esigenza che ciascuno spieghi, di per sé, i ribassi offerti.

Secondo tale orientamento quindi, il nuovo sistema non introduce alcuna limitazione alle possibilità esplicative imposte dalla normativa comunitaria, e non presenta perciò alcun profilo di illegittimità per violazione della normativa comunitaria.¹⁸

D'altro canto invece, c'è una giurisprudenza che ritiene necessaria la verifica in contraddittorio, non ritenendo sufficiente un esame dell'offerta basato esclusivamente sulle giustificazioni preventive.

In tale ottica, il Tar Catania, in una recentissima pronuncia, ritiene che l'articolo 30 paragrafo 4 della Direttiva CEE 93/37, introduca il principio della necessaria verifica in contraddittorio della presunzione di anomalia dell'offerta; quale momento procedimentale antecedente ed imprescindibile rispetto alla formulazione del giudizio di anomalia dell'offerta ed all'adozione del conseguente provvedimento di esclusione dell'impresa offerente dalla gara.

La previsione del momento procedimentale dell'attuazione del contraddittorio, ai fini della verifica della composizione dell'offerta, si ricollega all'acquisita consapevolezza, da parte del legislatore, dell'essenzialità e dell'imprescindibilità strumentale del modulo procedimentale così atteggiato ai fini del conseguimento di una valutazione dell'offerta quanto più possibile attendibile ed effettiva; l'integrazione del contraddittorio con l'assunzione di giustificazioni ulteriori e chiarimenti diventa strumento partecipativo in funzione collaborativa che consente all'Amministrazione procedente la completa acquisizione di tutti gli elementi della valutazione ed il conseguimento di una condizione di completezza informativa ai fini della formazione di un giudizio di eventuale anomalia effettivamente rispondente all'obiettivo di esclusione di offerte non realmente remunerative, che non garantiscano la buona esplicazione dell'appalto conformemente all'interesse pubblico perseguito.

In tale prospettiva, il principio introdotto dal legislatore comunitario in materia di verifica delle anomalie delle offerte nelle pubbliche gare si coordina perfettamente con principi cardine del nostro ordinamento in materia di procedimento amministrativo, garantendo una partecipazione degli interessati al procedimento di verifica dell'anomalia, che assume valenza collaborativa in funzione di superamento della situazione di asimmetria informativa originariamente riferibile all'amministrazione procedente.

La partecipazione al procedimento si realizza pienamente, e garantisce l'obiettivo funzionale sopra evidenziato, a condizione che venga attuata in termini di effettività.

Ne consegue che eventuali accorgimenti in funzione di semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa non possono spingersi al punto da implicare il sacrificio delle istanze sostanziali sottese all'introduzione di un modulo procedimentale articolato in funzione partecipativa.

Pertanto anche la partecipazione al procedimento di verifica delle anomalie delle offerte, attraverso l'attuazione del contraddittorio e l'acquisizione delle necessarie giustificazioni tecniche, va analogamente garantita in termini di effettività, cosicché possa garantire realmente all'amministrazione procedente l'individuazione delle offerte più vantaggiose e l'esclusione soltanto delle offerte eccessivamente basse e tali da non garantire obiettivamente la buona esecuzione dell'appalto e la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

Anche qui pertanto, eventuali soluzioni normative finalizzate alla semplificazione del procedimento ed all'accelerazione dell'azione amministrativa vanno coordinate con il principio primario della partecipazione; e non possono risolversi nell'introduzione di moduli procedurali che pregiudichino l'effettiva esplicazione della partecipazione al punto da implicarne l'elusione delle sottese istanze sostanziali.

Alla luce di queste considerazioni, secondo il Tar, va letta la norma dell'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94.

¹⁸ Sulla stessa lunghezza d'onda: Tar Lazio, Roma, III sezione, 23 dicembre 1999 numero 4152; 1 luglio 1998 numero 1522; Tar Marche, Ancona, 25 settembre 1999 numero 1052;

Il Collegio ritiene infatti, che in sede di gara per l'aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione, la richiesta preventiva delle giustificazioni parziali relative alle voci di prezzo più significative (nell'importo minimo del 75%) voluta dall'articolo 21 comma 1 bis della legge n. 109/94, nel testo introdotto dalla legge 216/95 e modificato dall'articolo 7 della legge 415/98, risponde ad un'esigenza di semplificazione del procedimento, consentendo all'amministrazione di svolgere una delibazione preventiva e sommaria sulle offerte e di ritenere da subito valide e sufficienti le giustificazioni che consentano di escludere l'anomalia dell'offerta.

Allorquando però la valutazione sommaria consentita dalle giustificazioni parziali preventive introduca un sospetto di anomalia, con conseguente eventualità di adozione di un provvedimento sfavorevole per l'interessato, che è al contempo provvedimento di esclusione di un'offerta apparentemente più vantaggiosa per l'amministrazione stessa, l'esigenza di semplificazione non può prevalere rispetto all'istanza della partecipazione e della completa acquisizione di tutti gli elementi istruttori. In tali ipotesi cioè la richiesta di giustificazioni preventive non può sostituire quell'accertamento accurato e approfondito che può scaturire solo dall'instaurazione di una dialettica procedimentale con l'impresa, che implica la necessità di giustificazione completa dell'offerta e che deve essere successivo all'espletamento della gara dovendosi tenere conto anche delle offerte presentate dagli altri concorrenti.

L'incertezza interpretativa sorta in giurisprudenza in ordine al disposto di cui all'art. 21 comma 1 bis citato (la diversa tesi per la quale la norma consente l'esclusione di un'offerta per anomalia sulla base dell'esame delle sole giustificazioni preventive parziali, sopra riportata) e che ha indotto il Consiglio di Stato a rimettere alla Corte di Giustizia la questione dell'interpretazione della direttiva comunitaria n. 93/37 e della compatibilità con il diritto comunitario di un sistema di anticipazione, alla fase della presentazione delle offerte, delle giustificazioni dei prezzi offerti, può comunque, a parere del Tar Catania, essere risolta alla luce dei principi generali dell'ordinamento e previa opportuna considerazione delle finalità sostanziali perseguite attraverso il subprocedimento di verifica delle anomalie delle offerte.

Fra le diverse interpretazioni possibili della norma dell'art. 21 comma 1 bis della legge 109/94 va preferita quella che ne salvi la legittimità e la coerenza con il complesso sistema normativo nazionale e sopranazionale e, ancor più, quella che, logicamente e razionalmente, si riconnette alla valenza primaria del principio della partecipazione procedimentale vigente nel nostro ordinamento e garantito in termini di effettività.

In questa prospettiva, deve ritenersi che la presentazione di giustificazioni anticipate non esclude la successiva verifica in contraddittorio delle presunte offerte anomale

Mentre le giustificazioni parziali anticipate possono avere un diretto ed immediato effetto solo nel caso in cui le stesse siano di per sé idonee a dimostrare la congruità dell'offerta, consentendo in simile evenienza una più rapida definizione del procedimento compatibile con il principio di buon andamento dell'azione della pubblica amministrazione.¹⁹

¹⁹ cfr Tar Puglia, Lecce, 25 gennaio 2000 numero 439, secondo cui "...l'art. 30 della direttiva Cons. C.E. 14 luglio 1993 n. 93/37, in tema di aggiudicazione di appalti pubblici, è immediatamente precettivo e prevale sulla legislazione nazionale divergente nella parte in cui vieta la cosiddetta esclusione automatica delle offerte anomale e prevede che, in presenza di offerte apparentemente troppo basse rispetto al valore della prestazione, l'Amministrazione deve procedere in contraddittorio con le imprese interessate alla verifica della composizione delle offerte stesse (1). In sede di gara per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica amministrazione, la richiesta preventiva delle sole parziali giustificazioni adempie ad un'esigenza di semplificazione del procedimento, ma non può sostituire quell'accertamento accurato e approfondito che può scaturire solo dall'instaurazione di una dialettica procedimentale con l'impresa e che deve essere successivo all'espletamento della gara, dovendosi tener conto, ai fini della valutazione in concreto dell'eventuale anomalia, delle offerte presentate dagli altri concorrenti...". Cfr. altresì Tar Calabria, Reggio, 31 luglio 1999 numero 1023, secondo cui "... in sede di gara per l'aggiudicazione di un appalto di opera pubblica l'obbligo imposto di corredare l'offerta fin dalla presentazione delle giustificazioni delle voci di prezzo più significative non tiene luogo del subprocedimento di verifica delle offerte presuntivamente anomale, dovendosi tale successiva fase obbligatoriamente svolgere per la valutazione delle offerte anormalmente basse in sede di giustificazioni fondate su criteri di riferimento stabiliti dalla normativa comunitaria e statale e, cioè, su tutte le voci che compongono l'offerta. Nelle gare per l'aggiudicazione di un appalto di opera pubblica, le giustificazioni anticipate dell'anomalia delle offerte possono avere un diretto e immediato effetto solo nel caso in cui le stesse siano di per sé idonee a dimostrare la congruità dell'offerta ovvero rivelino la manifesta e incontrovertibile carenza di credibilità, così esonerando l'Amministrazione appaltante dall'obbligo di interpellare ulteriormente l'offerente...".

cfr. Tar Lazio III, 13 marzo 1998 numero 613; ed infine Tar Piemonte II, 13 gennaio 1997 numero 331.

A metà strada tra i due opposti orientamenti si colloca il Consiglio di Stato, il quale, preso atto della prassi di molte stazioni appaltanti italiane di pretendere, a pena di esclusione dell'offerta, che la stessa sia corredata, fin dalla presentazione, da giustificazioni relative al 75% del prezzo indicato, osserva un possibile contrasto tra la normativa italiana e l'articolo 30.4 della direttiva comunitaria, nella parte in cui la prima anticipa il momento del contraddittorio alla fase di presentazione delle offerte.

Esso in particolare, ritiene che la direttiva comunitaria, ai fini dell'accertamento dell'eventuale anomalia, distingua tra «precisazioni» circa la composizione dell'offerta e «giustificazioni» (ai fini della verifica della composizione) fornite dall'impresa concorrente.

Ora, mentre le «precisazioni» sembrano coincidere con le giustificazioni di cui all'articolo 21 comma 1 bis, nulla è detto nella legge circa le giustificazioni vere e proprie, che viceversa appaiono costituire il "quid proprium" della direttiva.

Ciò può essere in contrasto con il principio di libera concorrenza imponendo, da un lato, ai partecipanti alle gare di pubblicizzare ex ante le proprie tecniche e strategie, che spesso formano oggetto di segreto aziendale, e aggravando, dall'altro lato, gli oneri documentali a carico degli offerenti, generalizzando, per lo più in via preventiva, una richiesta di analisi dei prezzi che, ad una prima lettura della direttiva comunitaria, è invece meramente eventuale e successiva.

E' indispensabile, quindi, individuare la portata dell'articolo 30.4, per capire se lo stesso imponga di realizzare necessariamente la fase del contraddittorio dopo la presentazione delle offerte, con una verifica individuale, compiuta dialetticamente con l'impresa interessata, senza preclusioni temporali circa gli elementi che quest'ultima sia in grado di fornire per corroborare l'attendibilità dell'offerta (tenuto conto che la legittimità del contraddittorio anticipato, invero, potrebbe trovare una giustificazione letterale nella nuova formulazione della disposizione sancita dall'articolo 30.4 della direttiva n. 93/37, rispetto a quella di cui all'articolo 29 n. 5 della direttiva n. 71/305, dove si imponeva alla stazione appaltante di segnalare all'impresa le giustificazioni considerate inaccettabili; tale onere procedimentale, infatti, non è più espressamente richiamato dall'articolo 30.4).

Per tali ragioni, il Consiglio di Stato ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'articolo 177, comma 3, della Trattato C.E., affinché dicesse se l'articolo 30.4 imponga effettivamente di realizzare la fase del contraddittorio "a valle" della presentazione delle offerte ovvero se esso è compatibile anche con una normativa nazionale, quale quella italiana, che realizza il contraddittorio "a monte".

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, che ad oggi non è stata ancora resa, si ritiene comunque di potere privilegiare, perché assai più convincente e garantista dei principi comunitari, l'orientamento secondo il quale è necessario realizzare un contraddittorio pieno ed effettivo tra stazione appaltante e impresa presunta anomala (in considerazione del fatto che tale contraddittorio, non può ritenersi soddisfatto dalla presentazione delle giustificazioni preventive inerenti il 75% del prezzo).

Sul punto, valgono, a nostro parere, le seguenti considerazioni:

A. L'articolo 30 par. 4 della Direttiva Cee 93/37 prevede che "...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...".

La norma comunitaria in tal modo, introduce inequivocabilmente il principio della verifica dell'anomalia in contraddittorio tra l'amministrazione e l'impresa presunta anomala, rendendolo un momento procedimentale necessario prima dell'esclusione delle offerte per anomalia.

L'amministrazione cioè, individuata la soglia di anomalia, deve richiedere alle imprese le cui offerte superano tale soglia, le giustificazioni ritenute utili per dimostrare l'affidabilità dell'offerta.

E sulla base delle giustificazioni fornite alle precise richieste, l'amministrazione valuta complessivamente la serietà dell'offerta e decide per la sua ammissione od esclusione.

La necessità d'un procedimento in contraddittorio è resa altresì evidente dalla ratio sottesa alla verifica d'anomalia.

Essa infatti, ha lo scopo di accertare la compatibilità economica delle offerte (più vantaggiose per l'amministrazione) con le condizioni di mercato nelle quali l'offerente si troverà in concreto ad operare, qualora risulti aggiudicatario (al fine di esser certi che il risparmio per l'amministrazione non sacrifichi la buona esecuzione dell'opera).

Ciò esclude che il procedimento possa essere assimilato a quello con cui l'amministrazione verifica i titoli mediante i quali le imprese chiedono di partecipare ad una procedura di selezione e presuppone di converso l'instaurazione di un contraddittorio sugli elementi dell'offerta ritenuti anomali.

B. - Il procedimento di verifica dell'anomalia previsto a livello comunitario, è richiamato espressamente nel sistema italiano dall'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94, nel testo introdotto dalla legge 216/95 e modificato dall'articolo 7 della legge 415/98.

Tale norma, per ciò che ci riguarda in questa sede, stabilisce che *"...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 di invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base d'asta..."*.

La presentazione di giustificazioni anticipate non esclude tuttavia, la successiva verifica in contraddittorio delle offerte presunte anomale.

La norma nazionale infatti, va letta ed interpretata alla luce della normativa comunitaria sopra riportata, in maniera tale che nel procedimento di verifica dell'anomalia venga comunque assicurato il contraddittorio ed il rispetto delle finalità connesse alla verifica medesima.

Non v'è dubbio infatti, che come ampiamente sostenuto dalla giurisprudenza, alle disposizioni generali contenute in leggi dello Stato e richiamate nei bandi di gara deve essere data la interpretazione che ne salvi la legittimità e la coerenza con il complesso sistema normativo nazionale e sopranazionale.²⁰

Con riferimento alle norme specificamente richiamate inoltre, il conforme indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto che la normativa comunitaria dell'articolo 30 par. 4 della direttiva Cee 93/37, contiene prescrizioni di stretta ed immediata applicazione, che non possono trovare deroghe in campo nazionale ad opera di norme interne.²¹

Sicchè, in sede di verifica d'anomalia, benchè le imprese al momento della presentazione delle offerte abbiano già fornito le giustificazioni sulle voci richieste nel bando, l'amministrazione in primo luogo deve verificare se i singoli prezzi e l'offerta globalmente considerata presentino sintomi d'anomalia.

Indi, ove sospetti ancora che l'offerta sia anomala, deve richiedere per iscritto le precisazioni necessarie ed utili per dimostrare l'affidabilità dell'offerta (senza che ciò contrasti con la celerità del procedimento di gara, voluta dal legislatore nazionale).

Non si ignora infatti che la previsione d'una presentazione delle giustificazioni contestuale all'offerta risponda ad una esigenza di celerità, ma essa comunque va temperata con i principi comunitari e col fine primario della verifica d'anomalia (che è quello di garantire in contraddittorio l'affidabilità delle offerte particolarmente vantaggiose per la stazione appaltante).

La lettura coordinata delle norme richiamate consente di rispettare ed assicurare le finalità perseguite dal sistema nazionale e da quello comunitario.

La richiesta preventiva di giustificazioni infatti, d'un canto adempie ad un'esigenza di semplificazione del procedimento, consentendo all'amministrazione di svolgere una delibazione preventiva e sommaria sulle offerte e di ritenere da subito valide le giustificazioni addotte.

D'altro canto, qualora le giustificazioni non siano da subito ritenute sufficienti, non esclude la necessità che vengano richiesti ulteriori elementi di giustificazione alle imprese, costituendo anzi il presupposto per una richiesta precisa e mirata ad alcune voci particolarmente significative alla luce delle analisi dei prezzi già fornite.

In tal modo, verrebbe comunque realizzato quel contraddittorio inteso dalla normativa comunitaria quale momento procedimentale ineludibile per tutte le concorrenti per le quali la documentazione inizialmente prodotta non permetta di superare il sospetto di anomalia.

Sul punto, è confortante l'orientamento giurisprudenziale sopra riportato, per il quale nelle gare per l'aggiudicazione di un appalto di opera pubblica, le giustificazioni anticipate dell'anomalia delle offerte possono avere un diretto ed immediato effetto solo nel caso in cui le stesse siano di per sè idonee a dimostrare la congruità dell'offerta ovvero rivelino la manifesta ed incontrovertibile carenza di credibilità, così esonerando l'amministrazione appaltante dall'obbligo di interpellare ulteriormente l'offerente.²²

C. - L'articolo 30 par. 4 della Direttiva Cee 93/37 in definitiva, integra la disciplina nazionale dell'articolo 21, comma 1 bis, della legge 109/94, in relazione alla necessità che i partecipanti alla gara

²⁰ Tar Catania, I sezione, 5 maggio 1998 numero 778.

²¹ cfr. Tar Catania, I sezione 20 giugno 1996 numero 1091; 5 maggio 1998 numero 778.

²² Tar Calabria, 31 luglio 1999 numero 1023; Tar Toscana, 11 novembre 1998 numero 188; Tar Marche 10 ottobre 1997 numero 1000.

siano messi concretamente in condizione di provare in contraddittorio con l'amministrazione, la serietà delle offerte presentate.

L'amministrazione in particolare, è tenuta a richiedere specifici chiarimenti in ordine alle voci di prezzo per le quali sussistono perplessità, in modo da consentire all'offerente di fornire ogni giustificazione utile al riguardo.

Le spiegazioni rese ex ante, essendo formulate in modo astratto e con riferimento alle soli voci di prezzo individuate in via preventiva nel bando, non rendono possibile quella verifica puntuale e completa che consegue ad un contraddittorio potenzialmente esteso alla totalità dell'offerta.

Ciò in quanto, l'impresa deve essere ammessa a replicare alle concrete osservazioni dell'amministrazione ed a sottoporle in tal modo specifici elementi di giudizio.

Non è casuale inoltre, che la norma comunitaria preveda prima la richiesta per iscritto di "precisazioni" sulla composizione dell'offerta (che presuppone l'esame preliminare dell'offerta e la individuazione dei profili di sospetta anomalia) e poi l'acquisizione delle giustificazioni dell'impresa (che potrà così individuare i concreti motivi di perplessità da parte dell'amministrazione e rispondere con puntuali chiarimenti).

La presentazione di giustificazioni preventive, al contrario, non essendo conseguente ad una richiesta di specifici chiarimenti (possibile dopo un primo vaglio dell'offerta prodotta), inverte l'ordine naturale del procedimento e da luogo ad un contraddittorio apparente, perchè privo della effettiva possibilità di controllo sugli eventuali aspetti di anomalia dell'offerta.

Da ciò discende la necessità di instaurare un reale contraddittorio con l'offerente, cui va sollecitata la produzione di tutti gli elementi di analisi utili a superare le ragioni di perplessità che le giustificazioni preventive non sono valse a dissipare.

Ciò peraltro, non rende inutile l'acquisizione delle giustificazioni preventive, perchè da un lato, esse consentono un primo sommario esame della composizione dell'offerta, favorendo un più puntuale accertamento dei profili di anomalia, e dall'altro rendono possibile anche la conclusione anticipata della verifica di congruità, se in ragione degli elementi forniti ex ante l'amministrazione ha motivo di ritenere sufficientemente comprovata la serietà dell'offerta, o se - al contrario - è così manifesta la sua inattendibilità da potersi prescindere dal confronto diretto; in questi casi però l'amministrazione dovrà dare puntuale indicazione delle ragioni della determinazione assunta, specificando i motivi che rendono priva di ogni astratta utilità la prosecuzione dell'attività istruttoria.²³

7. *d) la verifica negli appalti sotto soglia con meno di cinque offerte valide*

L'articolo 21, comma 1 bis, relativamente agli appalti inferiori alla soglia comunitaria, esclude espressamente la procedura di esclusione automatica qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque.

La norma così come formulata si riferisce soltanto agli appalti infracomunitari non anche a quelli che eguagliano o superano la predetta soglia, anche se, come vedremo, anche per questi ultimi è difficile applicare il meccanismo di individuazione della soglia di anomalia previsto dallo stesso articolo 21, tutte le volte in cui siano rimaste in gara meno di cinque offerte.

Con riguardo agli appalti sotto soglia, il dato normativo induce a ritenere che non possa procedersi ad esclusione automatica, ma non esclude tuttavia la facoltà dell'amministrazione di sottoporre comunque a verifica un'offerta tutte le volte in cui questa, per il suo ammontare, dovesse essere sospettata di anomalia.

Rimane salva cioè, la possibilità che la stazione appaltante proceda a verificare l'anomalia delle offerte, anche se quelle rimaste in gara siano inferiori a cinque, purchè ciò avvenga in contraddittorio, alla stregua del procedimento di verifica utilizzato per gli appalti sopra soglia.

Non è da escludere infatti, che anche quando il numero delle offerte ammesse fosse inferiore a cinque, taluna di esse potrebbe essere anomala, con la conseguenza che non si può precludere "a priori" alla

²³ Tar Piemonte, 5 novembre 1998 numero 436.

stazione appaltante di verificarne l'aderenza ai valori di mercato, rispondendo ciò all'interesse pubblico a che l'offerta del possibile aggiudicatario sia attendibile.²⁴

Con riguardo agli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, non esiste alcun limite normativo all'applicazione dei criteri sopra indicati, dipendenti dal numero delle offerte in gara.

Sussistono però dei limiti di carattere pratico, che impediscono concretamente l'applicazione dei criteri di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia, nel caso in cui il numero delle offerte (inferiore a cinque) non sia tale da consentire le operazioni matematiche sopra esposte.

Si prenda, ad esempio, il caso di una gara, nella quale vengono ammesse soltanto tre imprese. Il taglio delle ali, riguardando due imprese (il 10% arrotondato all'unità superiore), precluderebbe le altre operazioni previste dall'articolo 21.

Ne consegue che in questi casi, la verifica di anomalia non può essere condotta nei modi tradizionali sopra indicati, essendo rimesso invece alla singola stazione appaltante decidere in sede di bando, come comportarsi ai fini della verifica di anomalia, nel caso in cui il numero delle offerte in gara fosse inferiore a cinque.

Lo stesso problema si porrebbe nel caso in cui dovessero risultare ammesse quattro imprese.

Il taglio delle ali, ne farebbe rimanere soltanto due, ai fini del calcolo della soglia di anomalia. Di queste soltanto una, per ovvie ragioni, potrebbe superare la media aritmetica, con la conseguenza che non potrebbe calcolarsi lo scarto aritmetico medio.

La prassi maggiormente seguita dalle amministrazioni, in questi casi, è quella di sottoporre comunque a verifica di anomalia l'offerta che dovesse risultare aggiudicataria, in maniera tale da essere certi della sua congruità.

Ciò avviene in tutti quei casi in cui, l'ammontare del ribasso, in relazione a quelli proposti dalle altre imprese in gara, svela una possibile antieconomicità dell'offerta.

L'assunto è confermato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, che in un appalto di lavori sopra soglia, ha ritenuto legittimo il comportamento d'una commissione di gara che, seppur non obbligata dalla *lex specialis* a fronte di quattro sole offerte valide, ha deciso di sottoporre l'offerta dell'aggiudicataria a verifica in contraddittorio, al fine di ottenere congrue giustificazioni circa il rilevante ribasso offerto, e le condizioni eccezionalmente favorevoli che lo consentivano all'impresa.²⁵

8. e) la tutela giurisdizionale ed il limite della discrezionalità tecnico-amministrativa

Il giudizio di anomalia dell'offerta nelle gare d'appalto costituisce una tipica valutazione tecnico discrezionale dell'amministrazione ed è sindacabile dal giudice amministrativo solo ove presenti palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni logiche.

La giurisprudenza amministrativa sul punto, a conferma, ritiene pacificamente che la verifica dell'anomalia delle offerte costituisce valutazione attinente all'ambito della discrezionalità tecnica ed è sindacabile in sede giurisdizionale non solo per incompetenza o violazione di legge, ma anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, nelle forme della manifesta illogicità o irragionevolezza, del travisamento dei fatti, dell'inadeguatezza dell'istruttoria o della motivazione.

Ne consegue d'un canto, che il giudice amministrativo non invade la sfera riservata all'amministrazione, che è e rimane di merito, anche quando rileva la chiara incongruità della motivazione circa l'apprezzamento della anomalia.²⁶

E d'altro canto, per alcuni, che è ammissibile un accertamento condotto in sede giurisdizionale, attraverso il ricorso allo strumento della verifica o della consulenza tecnica d'ufficio, volto alla verifica della legittimità della valutazione di anomalia effettuata dalla Commissione procedente alla stregua dei parametri generali di legittimità.

²⁴ Sul punto, cfr. Tar Campania, Napoli, 10 febbraio 1999 numero 340, secondo cui "...in sede di gara per l'appalto di lavori pubblici, in mancanza di un adeguato numero di offerte, la media in base alla quale è accertata automaticamente l'anomalia non può risultare attendibile e appare preferibile determinare l'aggiudicazione dell'offerta conveniente attraverso la verifica delle offerte stesse in contraddittorio con le ditte interessate...". Cfr. altresì, Tar Sicilia, Catania, 27 maggio 1997 numero 1066.

²⁵ Consiglio di Stato, V sezione, 4 maggio 2001 numero 2517.

²⁶ cfr. Consiglio di Stato, IV sezione, 5 luglio 1999 numero 1172; V sezione, 4 maggio 2001 numero 2517.

Su quest'ultimo punto, non è inutile fare un accenno, stante il carattere pratico del presente scritto, ad un recente orientamento del Tar Catania, rinviando poi al testo della sentenza citata in nota.

In una gara di appalto di lavori superiore alla soglia comunitaria, la stazione appaltante aveva basato il giudizio di anomalia dell'offerta aggiudicataria soltanto sulle giustificazioni preventive presentate unitamente all'offerta e, non ritenendole sufficienti, l'aveva ritenuta anomala, senza chiedere ulteriori giustificazioni.

Il Tar, ritenuto che in concreto fosse mancata un'effettiva verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta, prima di accogliere il ricorso ha deciso di valutare l'interesse della ricorrente, cioè di verificare concretamente se la sua offerta fosse o meno anomala e, quindi, se l'accoglimento del ricorso fosse tale da assicurare il bene della vita cui aspirava (l'aggiudicazione).

Come dire che il ricorso è fondato, la verifica in contraddittorio è mancata, ma prima di ordinare all'amministrazione di compiere nuovamente la verifica d'anomalia, bisogna accertare concretamente l'interesse della ricorrente, che sussisterebbe solo se l'offerta non fosse effettivamente anomala.²⁷

E per fare ciò ha nominato due consulenti tecnici che, in contraddittorio tra le parti, assunte le giustificazioni necessarie e fatte le dovute indagini di mercato, hanno dimostrato la congruità dell'offerta. All'esito di ciò, il Tar ha accolto il ricorso.

La sentenza ha garantito certamente una tutela effettiva al ricorrente, ma al contempo ha trasferito la verifica d'anomalia dalla sua sede consueta, la gara, a quella giurisdizionale, sottraendola altresì ai soggetti deputati a compierla, la commissione di gara, per affidarla agli ausiliari del Giudice, i consulenti d'ufficio.

Va da sé infatti, che la stazione appaltante davanti ad una consulenza d'ufficio che ritiene congrua ed economica l'offerta presunta anomala, pur avendone forse la possibilità, non compie più alcuna verifica²⁸, ma ammette l'impresa e le aggiudica la gara, quale migliore offerente.

Portando alle estreme conseguenze il predetto ragionamento è come se in un giudizio avverso un provvedimento di non superamento della prova scritta di un concorso pubblico, il Tribunale ritenesse fondato il vizio di difetto di motivazione e tuttavia, anziché ordinare alla commissione la ricorrezione della prova, decidesse di valutare l'interesse del ricorrente, verificando a mezzo di consulenza d'ufficio se la prova scritta sia o meno tale da essere ammessa all'orale.

La verità in definitiva è assai chiara.

Il limite della discrezionalità tecnico-amministrativa posto al sindacato del Giudice amministrativo ha dei contorni sottilissimi, di non facile individuazione, il cui superamento rischia di invadere la sfera dell'amministrazione, il cui rispetto invece rischia di non rendere un'effettiva tutela al cittadino, esponendolo agli umori ed ai giudizi di un'amministrazione a volte bizzarra.²⁹

9. *Considerazioni conclusive*

Il sistema delineato dal legislatore in tema di anomalia negli appalti pubblici di lavori, pur in presenza dei diversi dubbi interpretativi sopra esposti, allo stato attuale è così sintetizzabile:

I) Viene affermata, in modo chiaro e generalizzato, la regola essenziale dell'esclusione delle offerte anomale, quale che sia l'importo dei lavori, attraverso una disciplina che appare destinata a regolare in modo sistematico e tendenzialmente completo l'intera materia.

II) Il limite dell'anomalia delle offerte viene individuato secondo identici criteri di riferimento in tutti gli appalti di lavori, a prescindere dall'ammontare degli stessi.

III) In relazione al valore dell'appalto, si applicano tuttavia, due discipline diverse e contrapposte: a) per i contratti sotto la soglia comunitaria opera la regola dell'esclusione automatica; b) per i contratti sopra la soglia comunitaria vale invece la normativa sul procedimento di verifica in contraddittorio.

²⁷ Così come quasi sempre avveniva quando si chiedeva l'ammissione in gara di una o più imprese, le cui offerte non erano note. I quei casi infatti, prima di accogliere il ricorso, si disponeva una verifica volta ad accertare se con l'ammissione delle imprese indicate dal ricorrente, questi conseguiva o meno l'aggiudicazione.

²⁸ Come è accaduto nel caso di specie.

²⁹ Cfr. in materia di discrezionalità tecnica, Tar Friuli Venezia Giulia, 10 febbraio 2001 numero 44; Tar Lombardia, Milano, III sezione, 11 dicembre 2000 numero 7702, con commento di Giancarlo Montedoro, in *Urbanistica ed Appalti*, numero 5/2001 pagg. 552 ss.

IV) La soglia di anomalia si calcola secondo il seguente procedimento: a) si raccolgono le offerte ammesse e si elencano in ordine decrescente; b) si esclude il 10% calcolato sul totale, delle offerte di maggior ribasso ed un ulteriore 10% delle offerte di minor ribasso; c) si calcola la media aritmetica dei ribassi delle offerte rimaste (quelle cd. centrali); d) si individuano gli scarti aritmetici, frutto della differenza che intercorre tra ciascun ribasso percentuale che supera la media e la media stessa, si calcola la media degli scarti (cd. scarto aritmetico medio); e) si somma il ribasso aritmetico medio allo scarto aritmetico medio e si ottiene così la soglia di anomalia.

V) Negli appalti infracomunitari si escludono automaticamente tutte le offerte che eguagliano o superano la predetta soglia di anomalia, mentre negli appalti pari o superiori al limite comunitario si procederà alla verifica.

VI) La verifica va condotta sulle giustificazioni presentate contestualmente alla presentazione dell'offerta e relative al 75% del prezzo e sulle ulteriori giustificazioni che la stazione appaltante dovrà chiedere all'impresa presunta anomala, qualora quelle preventive non siano sufficienti a superare i sospetti di anomalia.

VII) Negli appalti sotto soglia comunitaria, nel caso in cui dovessero risultare ammesse meno di cinque imprese, non può procedersi ad esclusione automatica, rimanendo ferma tuttavia la possibilità che la stazione appaltante verifichi in contraddittorio l'anomalia dell'offerta del possibile aggiudicatario.

VIII) Negli appalti pari o superiori alla soglia comunitaria, nel caso in cui risultino ammesse meno di cinque imprese, non si potrà procedere al calcolo della soglia di anomalia secondo i criteri del predetto articolo 21, comma 1 bis, rimanendo la verifica di anomalia rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, tanto più doverosa quanto più è elevato il ribasso offerto e conseguentemente forte il sospetto di trovarsi davanti ad un'offerta non congrua.

IX) La verifica dell'anomalia delle offerte costituisce valutazione attinente all'ambito della discrezionalità tecnica ed è sindacabile in sede giurisdizionale non solo per incompetenza o violazione di legge, ma anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, nelle forme della manifesta illogicità o irragionevolezza, del travisamento dei fatti, dell'inadeguatezza dell'istruttoria o della motivazione.

DANIELE MACCARRONE
(Avvocato in Verona)