

Le novità dell'estate in materia di offerte anomale (Rosanna De Nictolis)

Premessa

Questo convegno è dedicato alle novità legislative dell'estate 2009 sugli appalti pubblici, appalti pubblici che sono da anni oggetto di interventi legislativi con cadenza almeno semestrale.

E nel mentre iniziamo appena a metabolizzare le novità dell'estate 2009, l'attenzione è già rivolta alle anticipazioni della passerella dell'autunno-inverno 2009-2010.

Sul regolamento *in itinere* incompe la <<pregiudiziale>> del suo ambito applicativo nei confronti di Regioni a statuto speciale e Province autonome; il nodo potrà essere sciolto solo a seguito della pronuncia della Corte costituzionale sulla l.r. del T.A.A. sui pubblici appalti, attesa per la fine di ottobre 2009.

Si assiste al proliferare di trattative private introdotte da norme extracodicistiche; su tale tendenza inciderà in senso restrittivo, in un settore che ne è campo elettivo, il recepimento della nuova direttiva comunitaria sugli appalti in materia di armi.

Anche il correttivo dell'estate 2009 al testo unico della sicurezza sul lavoro, innovando in materia di piani di sicurezza e coordinamento nei cantieri, incide, indirettamente, sulla disciplina recata dal codice appalti: è stato, ad. es., espressamente abrogato il d.P.R. n. 222/2003, a cui l'art. 131, codice appalti, ancora fa riferimento.

Il contenzioso sui pubblici appalti è condizionato dal recepimento, imminente, della c.d. direttiva ricorsi 2007/66, con cui si pone per molti versi in contrasto l'art. 20, co. 8 e 8-bis, d.l. n. 185/2008, che delinea un rito immediato su determinati appalti pubblici.

In tema di requisiti di partecipazione alle gare, è imminente l'introduzione di una norma <<salva infrazione>> a seguito della condanna comunitaria della legislazione italiana in ordine all'esclusione pressoché automatica dei concorrenti che versano in situazione di collegamento formale.

In tale complesso quadro normativo in continuo movimento, si colloca la recente novella sulle offerte anomale.

Negli ultimi 25 anni abbiamo ripetutamente inseguito il legislatore in una incessante corsa alla disciplina delle offerte anomale.

Parte I - Semplificazione del procedimento di verifica delle offerte anomale: le giustificazioni preventive vanno in soffitta

Il legislatore è nuovamente intervenuto sul procedimento di verifica delle offerte anomale, modificando gli artt. 86, 87, 88, d.lgs. n. 163/2006, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 4-*quater*, d.l. n. 78/2009, aggiunto dalla l. di conversione n. 102/2009).

1. Le giustificazioni preventive vanno in soffitta.

La prima, significativa innovazione è la eliminazione delle giustificazioni <<preventive>> già a corredo dell'offerta (mediante abrogazione dell'art. 86, ult. co., codice).

Con tale innovazione, la disciplina nazionale viene messa in linea con quella comunitaria, che non conosce le giustificazioni preventive, ma solo la verifica in contraddittorio dopo la presentazione dell'offerta.

L'innovazione va salutata con favore, l'istituto delle giustificazioni preventive avendo sempre suscitato perplessità e dubbi esegetici, ed essendo stato <<salvato>> dalla Corte di giustizia CE solo sotto condizione che esso non precludesse il contraddittorio successivo.

Vanno anche ricordate tutte le perplessità esegetiche in ordine alla natura giuridica della <<presentazione>> di giustificazioni preventive: se mero onere collaborativo, o vero e proprio obbligo giuridico, e in ordine alle conseguenze giuridiche in caso di mancata o incompleta

presentazione, se esclusione tout court, o esclusione in caso di necessità di verifica dell'offerta, o nessuna conseguenza salva la richiesta di giustificazioni in contraddittorio¹.

2. L'oggetto della verifica.

La seconda significativa innovazione riguarda l'oggetto delle giustificazioni, e dunque della verifica.

Viene ribadita la regola, mediante suo spostamento formale dall'art. 86, co. 5, all'art. 87, co. 1, secondo cui le giustificazioni devono essere relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Viene però aggiunta la precisazione (nel novellato art. 87, co. 1), che in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le giustificazioni non devono riguardare solo il 100% delle voci di prezzo, ma anche gli altri elementi – diversi dal prezzo - di valutazione dell'offerta.

Non è chiarissimo come vada condotta la verifica di anomalia sugli elementi diversi dal prezzo.

Infatti per gli elementi quantitativi diversi dal prezzo (tempo di esecuzione, costo di utilizzazione e manutenzione) è agevole immaginare che la verifica di congruità vaglierà l'attendibilità dell'offerta. Più complesso è valutare l'«anomalia» in relazione ad elementi qualitativi, quali il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali. Se l'anomalia viene intesa come nozione «quantitativa» (come è stata sempre storicamente intesa), allora occorrerà sempre riportare gli elementi qualitativi all'offerta di prezzo, per verificare se la qualità offerta sia attendibile alla luce dell'offerta economica. Diversamente alla verifica di anomalia andrebbe attribuita una valenza «qualitativa», sicché la verifica andrebbe finalizzata a sindacare la bontà progettuale dell'offerta tecnica.

Chieste e acquisite le giustificazioni, all'esclusione dell'offerta può procedersi solo dopo che le giustificazioni vengono verificate in contraddittorio.

3. Le fasi e i termini del procedimento di verifica.

Numerose novità riguardano, poi, il procedimento di verifica in contraddittorio e i relativi termini.

Nel procedimento sinora vigente, la stazione appaltante esaminava in prima battuta le giustificazioni già fornite a corredo dell'offerta, e ove le ritenesse insufficienti, chiedeva le ulteriori giustificazioni all'offerente, assegnandogli un termine di almeno dieci giorni. Esaminate tali giustificazioni, poteva chiedere ulteriori chiarimenti, assegnando un termine di almeno cinque giorni lavorativi. Infine, prima dell'esclusione, l'interessato andava convocato e invitato a controdedurre, con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi.

Nel nuovo procedimento, mancando la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta, manca la fase dell'esame preliminare di tali giustificazioni.

Sicché, se la stazione appaltante ritiene l'offerta sospetta di anomalia, deve partire da zero, e cioè chiedere per la prima volta tutte le giustificazioni necessarie.

Di qui la nuova previsione che assegna al concorrente un termine di almeno quindici giorni, in luogo di quello precedente di almeno dieci giorni. Il che si spiega considerando che si tratta di presentare per la prima volta tutte le giustificazioni, e non invece di fornire solo una integrazione di giustificazioni già presentate a corredo dell'offerta.

Come in precedenza, la richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto, e il concorrente deve rispondere per iscritto.

Come in precedenza, la stazione appaltante può istituire una apposita commissione per l'esame delle giustificazioni; come in precedenza, dopo l'esame delle giustificazioni, se ritenute insufficienti, viene prevista una ulteriore fase di contraddittorio scritto: la normativa previgente parlava di richiesta di chiarimenti, da fornirsi per iscritto entro un termine non inferiore a 10 giorni, la nuova norma parla di richiesta di «precisazioni», da fornirsi entro un termine non inferiore a 5 giorni.

¹ V. da ultimo, su queste problematiche, Autorità di vigilanza, determinazione 8-15 luglio 2009 n. 6.

Nuovo è il dimezzamento del termine, evidentemente finalizzato ad accelerare il procedimento di verifica.

Non sembra, invece, che possa attribuirsi alle <<precisazioni>> un significato diverso rispetto ai <<chiarimenti>>: nell'uno e nell'altro caso dovrebbe trattarsi non di elementi nuovi, cioè nuove giustificazioni rispetto a quelle già rese, ma di delucidazioni rispetto alle giustificazioni già fornite.

Nel nuovo procedimento di verifica, è stata accelerata la fase finale del contraddittorio verbale, in quanto il termine di convocazione dell'offerente viene ridotto da cinque a tre giorni lavorativi.

In sintesi, nel precedente procedimento, dopo la presentazione delle giustificazioni preventive a corredo dell'offerta, erano previsti quattro sub procedimenti (verifica delle giustificazioni a corredo dell'offerta; richiesta di ulteriori giustificazioni; richiesta di chiarimenti; contraddittorio orale), di cui il primo senza termini e gli altri tre con assegnazione di termini pari, rispettivamente, a dieci giorni, cinque giorni lavorativi, e cinque giorni lavorativi, per la risposta dell'interessato; ora, eliminata la presentazione delle giustificazioni preventive e il relativo esame, vi sono tre sub procedimenti (richiesta di giustificazioni; richiesta di precisazioni; contraddittorio orale), con assegnazione di termini pari, rispettivamente, a quindici giorni, cinque giorni e tre giorni lavorativi per la risposta dell'interessato.

La nuova disciplina, come la precedente, suscita qualche perplessità in ordine al computo dei giorni, atteso che solo per alcuni termini si utilizza la locuzione <<giorni lavorativi>> (il che implica che nel computo vanno esclusi i giorni festivi iniziale, finale o intermedio), mentre in altri casi si parla di <<giorni>> tout court, il che induce a ritenere che trovino applicazione i principi di cui all'art. 155 c.p.c.:

- a) nei termini a giorni, si esclude il giorno iniziale;
- b) i giorni festivi iniziali e intermedi si computano nel termine;
- c) se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo.

4. La verifica di anomalia in successione o in contemporanea.

Una ulteriore novità attiene alla verifica di anomalia in successione o in contemporanea.

Finora alle stazioni appaltanti era imposto di verificare le offerte in ordine successivo di graduatoria, potendosi procedere a verifica dell'offerta successiva solo se la precedente risultasse anomala.

Tale metodo precludeva alle stazioni appaltanti di procedere a contemporanea verifica di anomalia di più offerte, allungando i tempi del procedimento.

Recependo una esigenza di molte stazioni appaltanti, è stata introdotta una previsione, già suggerita in sede di lavori preparatori del terzo correttivo, e si è aggiunta, rispetto a tale procedimento di verifica in successione, la facoltà della stazione appaltante di procedere a verifica in contemporanea.

Si tratta di una facoltà che la stazione appaltante può esercitare solo se ne abbia fatto espressa riserva nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito.

La stazione appaltante può dunque procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte non oltre la quinta.

Va segnalato che l'Autorità di vigilanza, con determinazione di poco precedente la novella, aveva anticipato il legislatore, sostenendo che già a legislazione vigente è possibile una verifica in contemporanea, anziché in successione, di una pluralità di offerte².

5. Collocazione del subprocedimento di verifica nell'ambito del procedimento di aggiudicazione.

Viene infine chiarito che alla fine del procedimento di verifica, vengono escluse le offerte anomale e si procede all'aggiudicazione in favore della migliore offerta non anomala.

² Autorità di vigilanza, determinazione n. 6/2009, cit.

Mentre nella versione precedente dell'art. 88, ult. co., come introdotta dal terzo correttivo, si diceva che la stazione appaltante <<dichiara l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala>>, ora si dice che la stazione appaltante procede all'aggiudicazione nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12 del codice.

In effetti la precedente formulazione aveva fatto sorgere un dubbio esegetico sulla collocazione procedimentale della fase di verifica di anomalia; sembrava, infatti, che la sequenza procedimentale fosse: aggiudicazione provvisoria; verifica di anomalia; aggiudicazione definitiva. E' ora invece chiaro che la sequenza procedimentale sia: verifica di anomalia; aggiudicazione provvisoria; aggiudicazione definitiva. Il che emerge, poi, esplicitamente, dall'art. 121 dello schema di regolamento *in itinere*.

6. Disciplina transitoria.

Quanto alla disciplina transitoria, viene dettata una regola che appare pienamente logica e consequenziale rispetto all'eliminazione delle giustificazioni preventive a corredo dell'offerta. La nuova disciplina si applica solo alle procedure indette dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina (cioè le procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore della legge, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte).

Parte II - Le offerte anomale nello schema di regolamento

Art. 121

Offerte anomale

(art. 89, comma 2, d.P.R. n. 554/1999)

1. Ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all'articolo 86, comma 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

2. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, per le quali si procede alla verifica di anomalia ai sensi all'articolo 86, comma 1, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni richieste ai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice e superiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

3. Il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

4. Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del codice.

5. La specifica commissione di cui al comma 4 è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestate

dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

6. Nei casi di cui al comma 5 si procede secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del codice.

7. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque e conseguentemente non si procede alla determinazione della soglia di anomalia, qualora la stazione appaltante si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, relativo alla valutazione della congruità delle offerte, si applicano le disposizioni di cui ai commi da 2 a 6. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice e superiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque.

8. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza non si procede all'esclusione automatica delle offerte pur se prevista nel bando, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità di cui all'articolo 86, comma 3, del codice. La verifica è effettuata mediante richiesta delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, del codice, con la procedura di cui all'articolo 88, del codice. Nel caso in cui venga accertata la congruità delle offerte sottoposte a verifica, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante non si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara. Si applicano i commi 4, 5 e 6.

9. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il bando preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a dieci, il soggetto che presiede la gara procede ad aggiudicare provvisoriamente la gara.

10. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'articolo 86, comma 2, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni richieste ai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6.

1. Il calcolo delle offerte da accantonare in caso di offerte con il medesimo ribasso.

La disciplina regolamentare delle offerte anomale, quale si desume dallo schema di regolamento (art. 121, rubricato <<Offerte anomale>>), affronta due temi, quello sostanziale del calcolo delle medie in caso di offerte di eguale valore, e quello procedurale inerente lo svolgimento del subprocedimento di verifica dell'anomalia, condotto dal responsabile del procedimento, se del caso con apposito supporto tecnico.

Lo schema di regolamento dispone che ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, co. 1, codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. Qualora nell'effettuare il calcolo del 10 per cento di cui all'art. 86, co. 1, codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia (art. 121, co. 1, schema).

Lo schema di regolamento recepisce, in tal modo, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui al fine del calcolo della media aritmetica occorre tenere conto dei singoli ribassi percentuali, sicché nel caso in cui vi siano più offerte portanti lo stesso ribasso, ai fini della verifica devono essere conteggiati tutti i ribassi, con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore e minore ribasso³.

Si è, infatti, osservato che con il taglio delle ali la norma persegue l'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte manifestamente distanti dai valori medi e il ribasso, così individuato, ha natura oggettiva, nel senso che riporta ad unica categoria anche più offerte quando, casualmente o meno, esse hanno la medesima misura; pertanto, l'indicazione del dieci per cento delle offerte da escludere dalla media non deve essere inteso in senso soltanto numerico, ma anche in senso logico, cosicché a determinare il valore medio in questione concorrono offerte che, per la loro oggettiva consistenza, siano identiche ad altra ritenuta per definizione ininfluyente o fuorviante, venendo altrimenti a mancare, nello scarto degli estremi, la funzione correttiva sostanziale sia del computo della media, sia del calcolo dello scarto aritmetico medio dei ribassi percentuali, cui l'art. 86, codice fa riferimento⁴.

2. Il procedimento di verifica dell'anomalia nello schema di regolamento.

Il codice già disciplina il procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte anomale, demandando al regolamento i profili organizzativi inerenti la competenza. Infatti la verifica compete alla stazione appaltante e, per essa, al responsabile del procedimento che, secondo il codice, può però avvalersi di una commissione, da costituirsi secondo i criteri fissati dal regolamento (art. 88, co. 1-bis, codice).

Lo schema di regolamento, sul procedimento, da un lato mutua previsioni regolamentari già dettate dal d.P.R. n. 554/1999 (all'art. 89, co. 2), dall'altro lato dà attuazione alla prescrizione dell'art. 88, co. 1-bis, codice, in ordine alla possibilità di costituire apposita commissione per la verifica di anomalia.

L'ambito di tali norme procedurali è delineato dallo stesso schema di regolamento (art. 121, co. 2, rubricato <<Offerte anomale>>), in maniera molto dettagliata, ma tale ambito coincide, in sintesi con l'ambito della verifica di anomalia delineato, a monte, dal codice, sia essa verifica obbligatoria o facoltativa:

- appalti di rilevanza comunitaria da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso;
- appalti sotto soglia comunitaria da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, ma di importo superiore alla soglia di cui all'art. 122, co. 9, codice, come novellato dal terzo correttivo (un milione di euro);
- appalti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, sopra un milione di euro o sopra soglia comunitaria, con meno di cinque offerte, laddove l'amministrazione, ancorché non sia calcolata la soglia di anomalia, ritenga che vi sono offerte sospette da sottoporre a verifica;
- appalti di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'art. 122, co. 9, del codice (un milione di euro), qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza non si procede all'esclusione automatica delle offerte pur se prevista nel bando;
- appalti sia sopra che sotto soglia comunitaria, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando ricorrono i presupposti, fissati dal codice, per la verifica di anomalia.

Sotto il profilo procedurale, è stabilito che il soggetto che presiede la gara, ove individui offerte che presentano un ribasso percentuale pari o superiore a quello considerato soglia di anomalia ai

³ Tar Liguria, sez. II, 26 agosto 2000 n. 865, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 4436, confermata da Cons. St., sez. V, 18 giugno 2001 n. 3216, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1340; *Urb. e app.*, 2001, 919; Cons. giust. sic., 26 luglio 2006 n. 439, in *Giurisdir. amm.*, 2006, I, 1193.

⁴ Cons. St., sez. V, 3 giugno 2002 n. 3068, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1252.

sensi dell'art. 86, co. 1, codice, ovvero quando la stazione appaltante si avvalga la facoltà di procedere a verifica di anomalia facoltativa, chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento. Quest'ultimo procede all'esame delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'art. 87, co. 1, codice. A tal fine si avvale degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita.

Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della **specifica commissione** prevista dall'art. 88, co. 1-bis, codice (art. 121, co. 4, schema).

Il codice demanda al regolamento la individuazione dei criteri di costituzione di tale specifica commissione (art. 88, co. 1-bis, e in precedenza art. 88, co. 3, codice).

Il regolamento specifica che la specifica commissione è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestate dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

Se la specifica commissione non può essere costituita con personale proprio della stazione appaltante, per la sua costituzione si procede secondo quanto previsto all'art. 84, co. 8, codice, che disciplina la commissione aggiudicatrice in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La norma regolamentare, che rinvia all'art. 84, co. 8, codice, non è vincolante per le regioni e gli enti regionali (art. 1, schema di regolamento), in ossequio a quanto affermato da Corte cost. n. 401/2007.

Il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

La disciplina regolamentare delle offerte anomale per servizi e forniture è identica a quella prevista per i lavori, infatti l'art. 284 del regolamento si limita a rinviare all'art. 121 del medesimo regolamento, solo specificando che le soglie di rilevanza non sono quelle di cui all'art. 28, co. 1, lett. c), e 122, co. 9, del codice, ma quelle di cui all'art. 28, co. 1, lett. a) e b), e 124, co. 8, medesimo codice.

Conclusioni

L'ultima novella legislativa affronta come visto solo problemi di carattere procedurale.

Resta intaccato il problema <<sostanziale>> delle difficoltà di conduzione della verifica di anomalia e del conseguente esasperato contenzioso giurisdizionale.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di eliminare il criterio matematico di determinazione della soglia di anomalia, rendendo la verifica di anomalia appannaggio discrezionale della stazione appaltante, secondo il sistema comunitario.

Ma tale soluzione, senz'altro in linea con il diritto comunitario, nell'ordinamento italiano, se desse l'avvio ad una generalizzata abdicazione alla facoltà di verifica dell'anomalia, si potrebbe tradurre nel serio rischio di affidamenti fatti ad offerte anomale, mai verificate.

Una siffatta soluzione dovrebbe pertanto essere accompagnata da rigorose previsioni di responsabilità e di garanzie assicurative di esecuzione.

Una alternativa potrebbe essere, eliminata la soglia di anomalia, di rendere sempre obbligatoria la verifica di anomalia nei confronti dell'offerta aggiudicataria. Si garantirebbe, così, che vi sia sempre una verifica di attendibilità dell'offerta prescelta, ma non si eliminerebbe il problema dell'aspro contenzioso.

Parte III - Giurisprudenza 2009

La ricerca della complessiva attendibilità/inattendibilità dell'offerta

Secondo consolidata giurisprudenza, essenziale nel giudizio di anomalia è la verifica finale della affidabilità/inaffidabilità dell'offerta nel suo complesso, al di là di singole inesattezze, verifica che deve essere scevra da formalismi di sorta (massima consolidata: <<la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto>> (Cons. St., sez. VI, 11 agosto 2009 n. 4934; Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146; Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384; Cons. St. sez. VI, 10 marzo 2009 n. 1417; Cons. St., sez. V, 29 luglio 2003 n. 4323; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217;).

Conseguenze della mancata presentazione di giustificazioni preventive a corredo dell'offerta Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146

Dal sopra riportato principio secondo cui lo scopo della verifica di anomalia è l'accertamento della complessiva attendibilità/inattendibilità dell'offerta, la decisione citata trae il seguente corollario.

<<Da tale principio, che estrinseca lo scopo della verifica di anomalia, discende che:

- il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo inutile ed è invece improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente;
- il contraddittorio deve essere effettivo;
- non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto.

4.3. *Alla luce di tali considerazioni possono essere esaminate le censure dell'appellante.*

Quanto alla questione relativa al momento in cui devono essere presentate le giustificazioni, il Collegio ritiene che le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento, ma non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione.

Infatti, secondo il diritto comunitario, la verifica delle offerte anomale avviene in contraddittorio e il contraddittorio deve essere successivo alla presentazione delle offerte. Deve essere sempre consentito all'offerente di presentare le giustificazioni nel momento in cui si svolge la verifica di anomalia.

Nel caso di specie, a fronte di clausole del bando non univoche nel senso di prescrivere la presentazione delle giustificazioni già in sede di offerta a pena di esclusione, correttamente la stazione appaltante ha seguito un criterio non formalista>>.

Le giustificazioni sulla base di elementi sopravvenuti Sempre Cons. St., sez. VI, n. 3146/2009

<<Quanto alla questione se si potesse acconsentire di giustificare l'offerta con un elemento sopravvenuto e non dedotto in sede di offerta, e segnatamente adducendo la possibilità di fruire di sgravi inerenti il costo del personale, la risposta deve essere affermativa alla luce del consolidato orientamento di questo Consesso.

E' stato già affermato che, fermo restando il principio che l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile

che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci. Risulta soddisfatto l'obiettivo dell'amministrazione, di aggiudicare l'appalto ad una offerta affidabile nel suo complesso, e non vi è violazione della par condicio perché l'offerta iniziale resta immutata, e ciò che cambia è il costo di singole voci, il che non incide sulla serietà dell'offerta, ma solo sulla gestione interna dell'impresa offerente (Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908).

Ancora, si è affermato che, ferma restando la immodificabilità dell'offerta nel suo complessivo importo economico, posto che il subprocedimento di verifica dell'anomalia non è vincolato a formalità, non si può escludere la possibilità che nel corso di tale subprocedimento sia modificata la prospettazione delle giustificazioni relative alle varie componenti del prezzo. Si è osservato che è erroneo il presupposto dell'assoluta rigidità ed immodificabilità, nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia, oltre che dell'offerta nel suo complesso, anche della rappresentazione dei costi delle componenti della stessa. (Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005 n. 1889).

Occorre dunque nettamente distinguere tra modifica dell'offerta nel suo complesso, inammissibile, e modifica delle giustificazioni, invece ammissibile: si è affermato che il contraddittorio successivo (...) non può essere "costretto" (...) nelle maglie dei supporti documentali strettamente collegati alle giustificazioni preventive dell'offerta, dovendosi invece ammettere, con una interpretazione conforme alla normativa comunitaria, un contraddittorio a tutto campo, in cui le imprese, che abbiano presentato offerta in sospetto di anomalia, abbiano la possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire e provare la loro posizione senza alcun limite. Né la presenza, nella fase del contraddittorio successivo, di significativi elementi di novità e di difformità rispetto alla prima e preventiva giustificazione comporta (...) quella "inammissibile possibilità di modificare l'offerta originaria">>, dovendosi distinguere immodificabilità dell'offerta e <<parametri dimostrativi della affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc.)>> (Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8028).>>.

Le giustificazioni relative all'utile di impresa

Cons. St., sez. VI, n. 3146/2009

<<nelle gare d'appalto, la possibilità di ribassare la percentuale dell'utile è consentita pur escludendosi che un'impresa possa proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile, né è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua (Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5315; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004 n. 1072; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2002 n. 882), assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali (Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1018)>>.

Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2009 n. 215

<<Al riguardo, deve essere rilevato come un utile apparentemente modesto può comportare un guadagno importante, quando il contratto abbia un importo elevato.>>

Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1018

<< In merito all'utile d'impresa soccorre invero il condivisibile orientamento giurisprudenziale a tenore del quale non esiste un quota rigida di utili al di sotto della

quale l'offerta debba reputarsi incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali.

Nella specie la Commissione ha formulato un ragionevole e motivato giudizio di complessiva affidabilità, stante il ricordato e persuasivo chiarimento fornito dall'aggiudicataria in ordine alle ragioni per cui i ribassi delle singole voci di prezzo sono giustificabili e non incidono negativamente sull'utile d'impresa.>>

Lo spostamento di costi

Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451

<< Il Collegio ritiene opportuno rammentare che il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile. Non a caso, il vigente quadro normativo di riferimento stabilisce che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione (art. 86, quinto comma, codice dei contratti pubblici).

Da ciò si ricava, in generale e nello specifico, l'inaccettabilità di quelle giustificazioni che risultino tardivamente dirette (nel tentativo di far apparire seria un'offerta che viceversa non è stata adeguatamente meditata) ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata. Si vuol dire che se, come avviene nella specie, una quota di costo è stata indicata a titolo di spese generali, quella voce non può poi essere invocata, nel corso del subprocedimento di giustificazione, per coprire costi diversi (i costi della sicurezza, i costi dell'Irap e dell'Ires nonché il costo per la sostituzione di personale assente per infortunio, malattia o maternità).

Nel giudizio di congruità, infatti, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può appunto essere considerata quell'offerta con riferimento alla quale, in sede di giustificazioni, si registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra.>>

Discrezionalità tecnica del giudizio di anomalia e limiti di utilizzo di una c.t.u./verificazione

Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384

<<Implicando il giudizio di anomalia valutazioni di carattere tecnico, tale giudizio ben può essere sindacato dal giudice, anche con il supporto di un c.t.u. o di un verificatore, onde verificare la correttezza dell'iter logico, dell'impianto motivazionale, l'esattezza dei presupposti di fatto e dell'applicazione delle regole tecniche (Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005 n. 1563).

Ove, tuttavia, la regola tecnica non sia univoca, essendo altrettanto valide diverse soluzioni tecniche, il giudice e il c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'amministrazione che sia pervenuta ad una soluzione tecnica che, ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica (Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002 n. 2334; Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2008 n. 2404).

Il Collegio ritiene di dover aggiungere che a fronte di un giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile, per sconfessare tale giudizio non è sufficiente sostituire un giudizio opinabile con uno altrettanto opinabile; o avanzare dubbi o elementi di incertezza, dovendosi invece dimostrare, con dati numerici certi, quali sono gli errori oggettivamente commessi dalla stazione appaltante, e quale è

l'esatto importo delle voci di prezzo anomale, e la loro percentuale di incidenza sull'importo complessivo dell'appalto. La dedotta inattendibilità complessiva dell'offerta, deve essere dimostrata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili, e non in via di mere presunzioni.

Laddove si produca una consulenza di parte, o si utilizzi una consulenza di ufficio o una verifica, compito del consulente/verificatore è fare chiarezza, illuminare, con la propria competenza tecnica, il giudice che tecnico non è, fornendo cifre numeriche e dati oggettivi chiari, univoci, comprensibili.

Se poi il verificatore/consulente ritiene di dover utilizzare criteri diversi da quelli seguiti dalla stazione appaltante – ferma restando la valutazione, riservata al giudice, circa l'ammissibilità di un siffatto modus procedendi – deve mettere tutte le parti, ivi compresa quella che ha formulato l'offerta già verificata – in condizione di fornire gli elementi giustificativi secondo i diversi criteri voluti dal verificatore/consulente>>.

Cons. St., sez., V, 12 giugno 2009 n. 3769

<<La giurisprudenza ha avuto più volte occasione di ribadire che le valutazioni compiute dall'amministrazione appaltante in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte costituiscono espressione di un potere tecnico – discrezionale di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui esse siano manifestamente illogiche, irrazionali o fondate su insufficiente motivazione o palesi errori di fatto (tra le tante, C.d.S., sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348; 12 giugno 2007, n. 3097; sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4933; 7 settembre 2006, n. 5191).

Il sindacato del giudice amministrativo in detta materia, pertanto, si compendia nell'accertare se il potere dell'amministrazione appaltante sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e dunque se le valutazioni tecniche operate dall'amministrazione siano attendibili (C.d.S., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658; sez. V, 3 dicembre 2005, n. 7059; sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607), non potendo invece consistere nella integrale ripetizione delle operazioni valutative compiute dall'amministrazione (C.d.S., sez. V, 18 settembre 2008, n. 4494), ciò comportando un'inammissibile violazione del principio di separazione dei poteri.>>

Automatismi nell'attribuzione di punteggio per l'offerta economica e surrettizia presunzione di anomalia

Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404

<<Il diritto comunitario consente solo due criteri di valutazione delle offerte, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel primo caso, va premiato il prezzo più basso, ed è precluso, nella valutazione del prezzo, qualunque criterio che si basi su medie matematiche o criteri forfetari.

Siffatti criteri esistevano prima del recepimento delle direttive comunitarie: prezzo offerto da confrontarsi con il prezzo segreto dell'amministrazione; media; media mediata, media corretta, etc., e sono note le distorsioni applicative di tali criteri.

8.3. Nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vanno separatamente valutate l'offerta economica e l'offerta tecnica.

Ma quanto alla valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, senza medie o criteri forfetari.

Il criterio del prezzo più basso, nella sua chiara e univoca applicazione, non può che condurre al risultato di premiare l'offerta di prezzo più basso, e non può pervenire al risultato di premiare un'offerta di prezzo più alta di altre.

La differenza, nell'operazione di valutazione del prezzo, che intercorre tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è che nel primo criterio l'offerta più bassa è aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un punteggio, dovendosi solo redigere la graduatoria delle offerte; invece nel secondo criterio il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito, per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio, che si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche.

Ma i criteri di distribuzione del punteggio per l'offerta economica, previa suddivisione di essa in vari subelementi, devono comunque essere strutturati in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio, per il prezzo, complessivamente superiore.

Si può semmai graduare il punteggio per il prezzo secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e meno per altri, ma qualsivoglia criterio si utilizzi, non si può trattare di criterio suscettibile di pervenire al paradossale risultato di dare il maggiore punteggio complessivo ad un'offerta economica più elevata di altre.

8.4. Un'altra notazione in diritto è che nel vigente ordinamento sono stati banditi tutti i criteri di valutazione delle offerte di prezzo basati su medie.

Permane il sistema della media matematica al solo fine di individuare le offerte sospette da sottoporre a verifica di anomalia.

Le medie matematiche, bandite dal legislatore per la valutazione delle offerte economiche, non possono essere pertanto utilizzate dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara.

8.5. Né può condividersi l'assunto secondo cui il criterio matematico utilizzato nella specie dalla stazione appaltante sarebbe legittimo perché giovava al fine di non premiare e di scongiurare le offerte <<anomale>>.

Si tratta, al contrario, di un'ammissione di colpa che costituisce un ulteriore argomento a sostegno dell'illegittimità della clausola.

Infatti, l'ordinamento nazionale e comunitario esigono che la valutazione di anomalia sia successiva alla fase di attribuzione del punteggio per le offerte, e non possa essere incorporata nella operazione di formazione della graduatoria delle offerte, mediante automatismi.

Infatti, introducendo un criterio matematico fondato su medie per valutare l'offerta economica, si finisce con il compiere una valutazione automatica di presunte offerte anomale, in radicale contrasto con il principio secondo cui le offerte sospette devono essere verificate in contraddittorio.

L'offerta bassa e dunque sospetta di anomalia, non può aprioristicamente essere penalizzata mediante l'attribuzione di un punteggio basso. Ad essa va dato il punteggio che merita in quanto offerta bassa, e poi va verificata e penalizzata con l'esclusione solo se ed in quanto anomala. Un meccanismo che a priori attribuisca un basso punteggio ad un'offerta molto bassa, penalizza a priori un'offerta bassa, senza alcuna verifica di effettiva anomalia.>>

Verifica facoltativa di anomalia

Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3143

<<Secondo la giurisprudenza comunitaria, il sistema legislativo italiano, - che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo matematico automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia -, è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano cioè non di meno sospette (C. giust. CE 27 novembre 2001, CC-285-286/99).

In tal senso dispone ora espressamente il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), secondo cui <<in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa>> (art. 86, co. 3).

Per ragioni di economia dei mezzi giuridici e per evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, per attivare la verifica di anomalia facoltativa occorre che vi sia un fumus, un sospetto di anomalia, sulla base di elementi specifici.

Nel caso di specie, il sospetto di anomalia emergeva sulla base di uno specifico elemento, il carattere elevato della percentuale di ribasso offerto, pari a oltre il 46%. Ed è sulla base di tale specifico elemento, di per sé solo necessario e sufficiente, che è puntualmente motivata la decisione della commissione di gara di sottoporre l'offerta a verifica di anomalia (verbale 9 marzo 2007 n. 253257, paragrafo 8).>>