

PIÙ CHIAREZZA NELLE PROCEDURE DI VERIFICA DELLE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE. ALCUNI DUBBI SULLA 'CONFORMITÀ COMUNITARIA' DELLE SCELTE DEL LEGISLATORE PROVINCIALE.

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 3, 2009]



Determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sul procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse con particolare riferimento al criterio del prezzo più basso.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha fornito con propria determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 utili chiarimenti sugli aspetti procedurali e sostanziali che riguardano il procedimento di verifica delle offerte anomale, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso. Il provvedimento è motivato non solo dall'importanza dei procedimenti di verifica dell'anomalia ai fini della corretta ed efficace gestione delle gare, ma anche dalla necessità di rispondere a numerose e ricorrenti questioni sollevate da amministrazioni e operatori¹, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Codice appalti (d.lgs. 163/2006). Nel mentre va segnalato che sono in discussione in Parlamento alcune modifiche sostanziali agli articoli del Codice appalti riguardanti la verifica delle offerte anomale (part. agli artt. 86, 87 e 88)², modifiche che sembrano conformi alle indicazioni espresse dall'Autorità.

Ratio comunitaria della disciplina connessa alle offerte anomale

Le cautele disposte dal legislatore nazionale in tema di offerte anomale sono tutte di provenienza comunitaria (si vedano le direttive 'di prima generazione' degli anni '70 sugli appalti pubblici di lavori e di forniture) e vanno nella direzione di porre un ragionevole limite alla concorrenza

¹ V. i pareri emessi dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in risposta alle richieste pervenute da stazioni appaltanti ed operatori economici: n. 3 del 2009, ma anche nn. 22, 73, 104, 122, 131, 133, 143, 163, 169, 176 del 2008, nonché le deliberazioni nn. 79, 132, 144, 156, 172, 189, 246 del 2007.

² Il riferimento è all'art. 4-*quater* (*Misure per la semplificazione in materia di contratti pubblici*) inserito nel disegno di legge (A.S. n. 1724/2009) di conversione del d.l. 1 luglio 2009 n. 78 recante *Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*, pubblicato nella Gazz. Uff. 1 luglio 2009, n. 150. Il testo del ddl, nella versione approvata alla Camera il 28 luglio 2009, interviene sugli articoli 86, 87 e 88 del Codice appalti (d.lgs. 12 aprile 1006 n. 163 e ss. mm.) che trattano rispettivamente dei criteri per l'individuazione e la verifica delle offerte anomale nonché il procedimento di esclusione. V. le osservazioni di BARBIERO A., *Verifiche più semplici sulle offerte "stracciate"*, in *Sole24Ore*, 27 luglio 2009.

esasperata, attribuendo alle stazioni appaltanti il compito di verificare la congruità delle offerte presentare. Tale incombenza è posta a tutela: sia dell'interesse dell'amministrazione ad un regolare svolgimento dell'appalto, sia dell'impresa che, pregiudicando il proprio utile, correrebbe il rischio di venir estromessa dal mercato. In altri termini, come ricorda l'Autorità, *“occorre contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva, con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standard adeguati ed al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali”*. La verifica dell'anomalia è finalizzata, dunque: (1) ad accertare che le offerte risultino bilanciate sotto il profilo economico, tenuto conto dell'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione comporta e con l'aggiunta del normale utile d'impresa e (2) ad evitare che offerte troppo basse esponano l'amministrazione al rischio di prestazioni irregolari, qualitativamente inadeguate e con modalità esecutive *contra legem*.

Trasparenza, non discriminazione, rapidità

Il legislatore comunitario stabilisce che l'aggiudicazione di ogni appalto sia effettuata secondo criteri oggettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza³. L'applicazione di questi principi ha imposto una serie di modifiche alla disciplina nazionale sulle offerte anomale. Le stazioni appaltanti italiane, infatti, applicando il diritto interno potevano escludere automaticamente dalle gare le offerte che, a seguito di un calcolo aritmetico, risultavano 'anomale'. Si riteneva che siffatto criterio di esclusione offrisse garanzie di imparzialità, unitamente al vantaggio di maggiore rapidità d'applicazione⁴. I giudici comunitari, invece, hanno ritenuto che *“un criterio di esclusione matematico priva i partecipanti alla gara che abbiano presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si tratta di offerte serie”* (C - 103/88, *Fratelli Costanzo*). L'applicazione *tout court* del 'modello' matematico, secondo la Corte di giustizia, contrasta lo scopo delle direttive che consiste nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici.

³ Si veda anche il considerando 46, della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, pubblicata sulla *G.U.U.E.* L 134 del 30 aprile 2004.

⁴ V. la posizione dello Stato italiano nella sentenza della Corte di Giustizia del 22 giugno 1989, C 103/88, *Fratelli Costanzo Spa*, pt. 17 – 19.

I principi comunitari sopra menzionati hanno quindi obbligato le amministrazioni a verificare preventivamente in contraddittorio con le imprese eventuali giustificazioni dell'anomalia delle offerte prima di procedere all'esclusione. Di qui la necessità di proceduralizzare la verifica delle offerte, individuando una serie di fasi che, alla luce di quanto disposto dal Codice degli appalti pubblici, si possono così sintetizzare:

- a) determinazione della cosiddetta *soglia di anomalia*;
- b) verifica delle giustificazioni presentate in sede di offerta, anche mediante:
 - contraddittorio scritto, attivato dall'amministrazione per richiedere all'impresa di presentare giustificazioni (termine di risposta non inferiore a dieci giorni) cui possono seguire ulteriori richieste di chiarimenti sempre per iscritto (termine di risposta non inferiore a cinque giorni lavorativi);
 - contraddittorio orale, nel corso della quale la stazione appaltante invita l'impresa ad indicare ogni elemento che ritenga utile;
- c) motivazione del giudizio di anomalia.

Nella determinazione 6/2009 l'Autorità chiarisce i profili applicativi riguardanti ciascuna di queste tre macro-fasi. Nel rinviare alla lettura dell'atto ci limitiamo a segnalare alcuni aspetti di particolare interesse.

Una prima considerazione riguarda il principio secondo il quale l'esclusione di un'offerta anomala può avvenire solo dopo che sia stata esperita la verifica in contraddittorio. Al riguardo l'Autorità ribadisce che solo all'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante può dichiarare l'esclusione delle offerte che, in base all'esame degli elementi forniti, sono risultate nel loro complesso inaffidabili⁵. Per ragioni di economia e speditezza dell'azione amministrativa il Codice dei contratti pubblici prevede 'una deroga' applicabile: 1) agli appalti di lavori di importo inferiore a 1 milione di euro aggiudicati con il metodo del prezzo più basso, e 2) agli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 100mila euro anch'essi aggiudicati mediante il prezzo più basso. In questi i casi la stazione appaltante può escludere automaticamente le offerte che contengono un ribasso percentuale pari o superiore alla soglia di anomalia, ciò sempreché ricorrano i seguenti requisiti: (a) che la clausola di esclusione automatica sia predeterminata dai documenti di gara e (b) che le offerte presentate e ammesse siano almeno dieci. Rimane salva la possibilità per

⁵ V. art. 88, co. 7, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dopo il terzo decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152).

l'amministrazione di valutare *“la congruità delle offerte che, in base ad elementi specifici appaiano anormalmente basse”* (art. 86, co. 3, Codice appalti); tale ultima disposizione costituisce una sorta di clausola residuale generale che legittima eventuali richieste di precisazioni da parte delle stazioni appaltanti. Per attivare questa verifica facoltativa la giurisprudenza amministrativa richiede la presenza di un sospetto di anomalia basato su elementi specifici, ciò al fine di limitare arbitrii e discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Una seconda considerazione riguarda le modalità con le quali le amministrazioni appaltanti possono procedere alla verifica dell'anomalia. In effetti le recenti modifiche apportate al Codice degli appalti (art. 88 co. 7, d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152, cd. terzo decreto correttivo)⁶ configurano il procedimento di verifica delle anomalie come unitario, e non più come sommatoria di più procedimenti attivati progressivamente. La verifica, pur essendo articolata in più fasi istruttorie relative alle singole offerte, si conclude *“con la dichiarazione delle esclusioni di quelle offerte che nelle fasi istruttorie sono state ritenute anomale”*. L'Autorità dunque ritiene che se la verifica *“debba essere effettuata nei riguardi di più offerte, è possibile che le singole fasi istruttorie, al fine di ridurre i tempi per l'individuazione dell'aggiudicatario definitivo, siano svolte in contemporanea a partire dalla migliore offerta e proseguendo gli avvisi dei sub-procedimenti delle altre offerte anche se non ancora concluse le precedenti”*. Il processo di verifica così configurato comporta una notevole riduzione dei tempi poiché la richiesta di chiarimenti è avanzata mentre non sono ancora pervenute le risposte alle precedenti richieste di chiarimenti. Come detto l'innovazione segna il superamento del vecchio orientamento secondo il quale *“la verifica non si doveva svolgere contemporaneamente nei riguardi di tutte le offerte che superavano la soglia”*, di conseguenza le offerte dovevano essere

⁶ L'art. 88, co. 7, del Codice appalti, secondo l'attuale formulazione, stabilisce che *“7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e dichiara l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala”*. In precedenza la formulazione era la seguente: *“7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala”*.

esaminate singolarmente e progressivamente, solo dopo aver accertato e quindi escluso la precedente offerta anomala⁷.

Un'ultima considerazione attiene le motivazioni che devono accompagnare il giudizio sull'anomalia dell'offerta. L'Autorità precisa che nel caso di valutazione negativa (anomalia non adeguatamente giustificata) la motivazione deve essere necessariamente rigorosa e puntuale “*per consentire al concorrente dichiarato anomalo di avere consapevolezza delle motivazioni poste a base della valutazione di anomalia ed, eventualmente, per poter efficacemente chiedere di sindacare in sede giurisdizionale il provvedimento a lui avverso*”, mentre nel caso di valutazione positiva (anomalia correttamente giustificata), la motivazione può essere meno analitica, potendo essere costruita *per relationem* alle motivazioni fornite dal concorrente, se congrue ed articolate e se, ad esempio, il ribasso non sia eclatante. Giova ricordare che il procedimento di verifica non deve mirare ad accertare singole inesattezze dell'offerta quanto, piuttosto, ad accertare se la stessa sia considerata nel suo complesso attendibile. Le stazioni appaltanti possono fare riferimento all'economia del procedimento di costruzione, al processo di fabbricazione, al metodo di prestazione del servizio, alle soluzioni tecniche adottate, alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente, all'originalità del progetto, all'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato, al costo del lavoro. Questi criteri sono indicati dal legislatore (art. 87, Codice appalti) ma non costituiscono un elenco tassativo chiuso, ben potendo la stazione appaltante rinviare ad ulteriori criteri per valutare al meglio le peculiarità collegate al singolo appalto.

Impatto sul sistema provinciale (cenni)

Le indicazioni dell'Autorità sono utili anche per l'analisi della normativa della Provincia di Trento in tema di offerte anomale⁸. In particolare il

⁷ La questione sembra definitivamente risolta dall'art. 4-*quater* (*Misure per la semplificazione in materia di contratti pubblici*) inserito nel disegno di legge (A.S. n. 1724/2009) di conversione del d.l. 1 luglio 2009 n. 78 recante *Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*. Il testo del ddl, nella versione approvata il 28 luglio 2009 dalla Camera ed in discussione al Senato, modifica l'art. 88, co. 7 del Codice appalti stabilendo che, dopo il primo periodo, sia inserito il seguente: “*In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta*”.

⁸ Va subito detto che l'intera disciplina provinciale degli appalti pubblici sta attraversando una turbolenta fase evolutiva (v. anche questa rubrica su *Informator* 3/2008). Pe run

legislatore provinciale, forte delle prerogative derivanti dallo Statuto speciale (competenza legislativa esclusiva in materie di opere pubbliche di interesse provinciale)⁹, definisce un doppio livello normativo. Da un lato, infatti, disciplina le offerte anomale degli appalti pubblici sopra soglia comunitaria confermando pressoché integralmente le disposizioni degli articoli da 86 a 89 del Codice appalti. Né poteva fare diversamente, posto che per questa tipologia di appalti (sopra soglia) trovano applicazione i vincoli posti dalle direttive comunitarie. In questo caso le ‘anomalie’ della normativa provinciale¹⁰ rispetto a quella nazionale sembrano così identificabili:

- (1) la verifica di anomalia è riservata solo agli appalti aggiudicati con il metodo dell’offerta più bassa, laddove le disposizioni comunitarie (v. art. 55, dir. 2004/18/CE)¹¹ impongono genericamente l’applicazione della verifica di anomalia agli appalti aggiudicati sia con il sistema del prezzo più basso, sia con quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa;
- (2) il mancato adeguamento alle modifiche apportate al Codice degli appalti pubblici dal terzo decreto correttivo (d.lgs. 152/2008), part. all’art. 88, co. 6 e 7, che semplificano e velocizzano le procedure di analisi delle offerte anormalmente basse¹²;
- (3) la non applicazione della procedura relativa al cd. “*taglio delle ali*” (procedura che il legislatore provinciale adotta e disciplina per gli appalti provinciali sotto soglia comunitaria¹³).

Dall’altro lato, invece, il legislatore provinciale disciplina gli appalti sotto soglia, per i quali dispone, diversamente dal Codice degli appalti, che¹⁴:

commento più dettagliato si rinvia a allo studio di PASSIGLI D., *Gli appalti di lavori pubblici in provincia di Trento*, 2008.

⁹ V. art. 8, del DPR 31 agosto 1972, n. 670 recante l’approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino - Alto Adige, pubblicato sulla Gazz. Uff. 20 novembre 1972, n. 301.

¹⁰ Le considerazioni sono basate prendendo in considerazione la legge provinciale del 10 settembre 1993, n. 26 recante *Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti* come modificata dalla l.p. 24 luglio 2008, n. 10 e dalla l.p. 12 settembre 2008, n. 16; al riguardo va detto che le modifiche introdotte saranno applicabili solo dopo l’entrata in vigore dei regolamenti attuativi, sempreché sia favorevole l’esito della controversia instaurata dal Governo davanti alla Corte costituzionale avente ad oggetto l’illegittimità di numerose modifiche introdotte dalla l.p. 24 luglio 2008 n. 10.

¹¹ L’art. 55, co. 1, della dir. 2004/18/CE stabilisce che: “*se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione*”.

¹² È auspicabile che il legislatore provinciale tenga conto di queste modifiche o in sede di revisione della legge provinciale, o nella stesura del regolamento applicativo.

¹³ V. osservazioni riportate nella nota precedente.

- i. sono automaticamente escluse le offerte considerate anomale sulla base della media aritmetica, sempreché vi siano almeno 5 offerte ammesse¹⁵;
- ii. non si effettua nessuna valutazione di anomalia dell'offerta nel caso di appalti aggiudicati con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'ordinamento provinciale, quindi, vige il sistema dell'esclusione automatica delle offerte anomale. La *ratio* sembra essere quella di ridurre le difficoltà di tipo operativo - procedurale e, al contempo, garantire l'oggettività del sistema di esclusione mettendo le stazioni appaltanti al riparo da possibili contenziosi. Resta da verificare se questa scelta sia in linea con i principi comunitari la cui ambito di applicazione è esteso anche agli appalti *sotto soglia*. In particolare si rinvia alla recente sentenza della Corte di giustizia nel caso *Secap*¹⁶, nell'ambito della quale i giudici comunitari dichiarano che l'applicazione delle norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché del principio generale di non discriminazione, ostano a norme degli Stati membri che obblighino le stazioni appaltanti ad escludere in modo automatico le offerte anomale, senza possibilità di verificarne la congruità in contraddittorio con gli offerenti. La sentenza è significativa perché fa riferimento ad appalti pubblici sotto soglia comunitaria avente carattere transfrontaliero.

¹⁴ V. art. 24 del d.P.G.Prov. 30 settembre 1994, n. 12-10/Leg. recante il *Regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26*.

¹⁵ Nel caso in cui le offerte ammesse siano inferiori 5, il legislatore provinciale lascia alla discrezionalità delle stazioni appaltanti richiedere la giustificazione delle offerte fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente.

¹⁶ V. anche questa rubrica su *Informator* 3/2008.