

GIUSTIFICAZIONE PREVENTIVA ED ANOMALIA DELLE OFFERTE: EVOLUZIONE LEGISLATIVA E PROFILI GIURISPRUDENZIALI.

di
Gerardo Guzzo*

pubblicato sul Sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 29 luglio 2010

SOMMARIO: 1. Aspetti generali. 2. I rimedi a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice nella vigenza del comma 5 dell'articolo 86. 3. Cosa accadeva nel caso in cui, nonostante le giustificazioni, l'offerta continuava ad essere "sospetta"? 4. Qual'era la posizione della giurisprudenza in merito al problema dell'obbligo delle giustificazioni preventive? 5. La posizione della Corte costituzionale a seguito delle pronunce 411/2008 e 401/2007. 6. Il problema della violazione dell'obbligo di corredare con delle giustificazioni preventive le singole offerte. 7. La posizione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture prima della riforma del 2009. 8. L'attuale posizione dominante in giurisprudenza. 9. La posizione del Consiglio di Stato in ordine al problema delle giustificazioni da allegarsi preventivamente alle offerte. 10. Come cambia il quadro legislativo per effetto dell'articolo 4-*quater* della legge n. 102/2009? 11. Cosa accade nel caso in cui la stazione appaltante continui ad inserire nel bando clausole che sanzionano la mancata presentazione delle giustificazioni preventive con l'esclusione dalla gara? 12. Il problema delle offerte anomale e dell'esclusione dalle gare. 13. Quando decorrono i termini entro i quali la ditta esclusa può proporre ricorso? 14. Qual è la ragione della verifica delle offerte sospettate di anomalia e come si sviluppa il procedimento di verifica? 15. Il soggetto che di fatto conduce il contraddittorio con gli offerenti sospettati di aver presentato un'offerta anomala. 16. La posizione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici dopo la novella del 2009.

1. Aspetti generali

Il tema delle giustificazioni preventive e dell'anomalia delle offerte costituisce una delle più spinose questioni dell'intera contrattualistica pubblica. Con l'applicazione delle norme dettate in materia di appalti di lavori pubblici agli appalti di forniture e servizi, il d.lgs. n. 163/06 ha esteso anche a questi ultimi la disciplina relativa alla richiesta delle giustificazioni preventive. La regolamentazione di questo specifico aspetto trovava cittadinanza all'interno del **comma 5 dell'articolo 86** del T.U. dei contratti pubblici, rubricato "criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse". Il comma è stato interamente abrogato dall'**articolo 4-*quater* del decreto legge n. 78/09**, convertito nella legge n. 102/09, che ha riscritto *ex novo* il successivo **comma 1 dell'articolo 87** e quasi integralmente il successivo **articolo 88**. La disposizione in parola stabiliva che le offerte fossero corredate, sin dall'inizio, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara cui, a tutt'oggi, fa riferimento l'articolo 87, comma 2, in quanto non inciso dalla riforma. L'intenzione del Legislatore era quella di raggiungere due obiettivi: 1) quello della speditezza del procedimento di verifica sulla congruità dell'offerta; 2) quello di "scoraggiare" offerte non credibili, dunque, poco serie. La norma, inoltre, presentava una evidente lacuna rinvenibile nella circostanza che la medesima non conteneva alcuna espressa sanzione in caso di inadempimento dell'obbligo innanzi segnalato. E' ragionevole ritenere che l'omissione non costituisse una mera dimenticanza del Legislatore quanto, piuttosto, che essa dissimulasse una precisa volontà dell'estensore del Codice: quella di condizionare l'operato della stazione appaltante nella fase di ricezione e accettazione delle offerte.

2. I rimedi a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice nella vigenza del comma 5 dell'articolo 86.

Per comprendere quali fossero i rimedi a disposizione della P.A., nella vigenza del comma 5 dell'articolo 86 del Codice degli appalti, bisogna tenere conto della **strutturazione del bando di gara** il quale avrebbe potuto o meno contenere l'espressa e chiara prescrizione dell'obbligo a carico dei partecipanti di presentare le rispettive offerte corredate delle giustificazioni preventive, secondo le modalità che la stessa stazione appaltante avrebbe dovuto fissare nella *lex specialis*. L'amministrazione aggiudicatrice, pertanto, nella vigenza del comma 5 dell'articolo 86 del Codice degli appalti, si doveva fare carico di specificare in quali modalità le giustificazioni preventive dovevano essere redatte e in quale plico dovevano essere inserite. In sostanza, la P.A. doveva evidenziare nel bando quali elementi della giustificazione dell'offerta andavano evidenziati in modo più dettagliato. Per esempio, è notorio che il costo del lavoro e gli oneri di sicurezza rappresentano le voci più significative e delicate nella costruzione di un'offerta. Ebbene, la stazione appaltante poteva richiedere al concorrente di essere massimamente chiaro su questi singoli aspetti.

3. Cosa accadeva nel caso in cui, nonostante le giustificazioni, l'offerta continuava ad essere "sospetta"?

La risposta veniva fornita dallo stesso comma 5 dell'articolo 86 a tenore del quale qualora dall'esame delle giustificazioni richieste e prodotte permaneva il dubbio in merito al carattere anomalo dell'offerta, la stazione appaltante richiedeva all'offerente di integrare i documenti giustificativi, procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. La norma continuava affermando che l'esclusione del concorrente poteva avvenire soltanto dopo una ulteriore verifica delle giustificazioni ed in contraddittorio con il medesimo. La lettera della norma mostrava abbastanza nitidamente come il Legislatore non avesse affatto preso in considerazione l'ipotesi che le offerte non venissero corredate di preventive giustificazioni. E' possibile sostenere che con la disposizione in questione il momento del contraddittorio sull'offerta era anticipato già in sede di verifica di quelle proposte sospettate di anomalia unitamente a quelle che, pur non essendo considerate potenzialmente "a rischio" estromissione, tuttavia, non brillavano per cristallina limpidezza.

4. Qual'era la posizione della giurisprudenza in merito al problema dell'obbligo delle giustificazioni preventive?

In prima battuta, va ricordato che la questione legata alla obbligatoria presentazione delle giustificazioni preventive è stata affrontata indirettamente dalla stessa **Corte Costituzionale con la sentenza n. 401/2007**^{1[1]}. Nel dettaglio, i giudici delle leggi hanno espunto dal sistema ordinamentale il comma 5 dell'articolo 20 della legge regionale della Sardegna che, contrariamente a quanto previsto dal Codice, richiedeva la produzione delle giustificazioni solo nel caso in cui le offerte fossero state dichiarate "anomale" eludendo, di guisa, il momento del contraddittorio, anticipato dal Legislatore nazionale al tempo della presentazione delle offerte. La Consulta, in quella occasione, rilevò come la questione delle offerte anomale e la relativa procedura di verifica rientrassero nella materia della tutela della concorrenza, demandata alla disciplina esclusiva dello Stato dall'articolo 117, comma 1, lett. e), con la conseguenza che le Regioni erano tenute ad

**Professore incaricato di Organizzazione Aziendale presso l'Università degli Studi della Calabria e partner dello studio legale internazionale Cristofano, Guzzo & Associates.*

^{1[1]} In quella occasione, i giudici della Consulta hanno ritenuto costituzionalmente illegittimo circa un terzo della legge regionale della Sardegna n. 5/2007 attuativa della direttiva 2004/18/Ce.

uniformare la propria disciplina a quella statale in quanto spogliate di una qualsiasi potestà legislativa sull'argomento. Alcuni osservatori hanno ritenuto eccessivo il riferimento alla tutela della concorrenza operato dalla Corte Costituzionale anche alla luce del precedente arresto della Consulta rubricato n. 401/07. In quella occasione, i giudici delle leggi affrontarono, *incidenter tantum*, il problema della presentazione delle giustificazioni preventive a seguito dei rilievi mossi dalle Regioni Toscana e Veneto in ordine all'applicabilità del procedimento di verifica delle offerte anomale agli appalti sottosoglia in luogo della possibilità di procedere all'esclusione automatica. La tesi sostenuta dalla Regione Toscana era tutta incentrata sul presupposto: 1) che il meccanismo di verifica in contraddittorio investisse i profili organizzativi di ogni Regione sia per i contratti di rilevanza regionale che per quelli stipulati dagli enti locali (comuni e province); 2) che trattandosi di appalti sottosoglia, la materia non rientrerebbe nell'ambito della tutela della concorrenza, in quanto sprovvista di qualsiasi impatto sull'economia. La suprema Corte ha rigettato la questione sollevata dalla Regione Toscana, ritenendola non fondata, sul presupposto che i principi fatti propri dal Codice degli appalti erano stati mutuati dalla direttiva comunitaria 2004/18/Ce e dalla direttiva 2004/17/Ce che non prevedono l'esclusione automatica dell'offerta anomala ma un confronto in contraddittorio tra l'impresa e la stazione appaltante. Stessa sorte è stata riservata alle argomentazioni sviluppate in ricorso dalla Regione Veneto. In generale, sul tema delle offerte anomale e sulla verifica delle giustificazioni a corredo delle offerte stesse, giudici costituzionali hanno affermato che la disciplina comunitaria dell'istituto della verifica dell'anomalia della proposta contempera l'esigenza di garantire la concorrenza, mediante l'acquisizione del prezzo più basso, con quella di assicurare la serietà delle offerte con la conseguenza scontata che quelle proposte che presentino un prezzo anormalmente basso rispetto alla prestazione vadano escluse, previa verifica in contraddittorio tra le parti sulla base delle giustificazioni preventive fornite dal concorrente.

5. La posizione della Corte costituzionale a seguito delle pronunce 411/2008 e 401/2007

In sostanza, secondo la Corte, la verifica in contraddittorio delle offerte sospettate di essere anomale è finalizzato ad accertare se il risultato che la pubblica amministrazione intende realizzare con l'aggiudicazione dell'appalto possa essere tragguardato scegliendo un'offerta calibrata su un prezzo significativamente più basso rispetto a quello praticato dagli altri concorrenti. Dal che ne discende, secondo i giudici, che il procedimento di verifica delle offerte e delle relative giustificazioni formulate dai concorrenti è un *quid* che afferisce alla tutela della concorrenza, riguardando da vicino la scelta del concorrente. Ciò determina che l'intera materia sia attratta all'interno dell'orbita della **legislazione esclusiva dello Stato** e che le Regioni non abbiano nessun potere legislativo in merito. Quello che non risulta particolarmente chiaro nel ragionamento svolto dalla Consulta è che l'assunto non pare sovrapponibile all'obbligo di anticipazione del contraddittorio che dà luogo ad un vero e proprio dovere di collaborazione dell'appaltatore e, *per contra*, di diligenza della stazione appaltante riconducibile nell'alveo dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti locali, con conseguente sussumibilità della specifica materia all'interno della potestà legislativa regionale avente carattere residuale rispetto a quella esclusiva e concorrente.

6. Il problema della violazione dell'obbligo di corredare con delle giustificazioni preventive le singole offerte

Il punto è stato da sempre particolarmente controverso come, del resto, testimoniato dalla recente elaborazione giurisprudenziale formatasi sul tema. In sintesi, è possibile annotare almeno tre orientamenti di massima seguiti dai giudici amministrativi. Il primo, molto rigoroso, considerava ammissibile e legittima l'esclusione dell'offerta non corredata anticipatamente delle giustificazioni richieste dall'articolo 86, comma 5, del Codice degli appalti. Il secondo, considerava ammissibile

l'esclusione dell'offerta non corredata delle giustificazioni in questione soltanto se era stata considerata anomala in potenza. Il terzo, invece, tollerava la presentazione delle giustificazioni in un secondo momento ancorché non corredanti l'offerta all'atto del deposito della proposta^{2[2]}.

7. La posizione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture prima della riforma del 2009

L'Autorità di vigilanza, con il **parere n. 3 del 2009**, oltre ad indicare le modalità di presentazione delle giustificazioni preventive ha ritenuto indispensabile la presentazione delle stesse, pena esclusione, alla luce della rimanente documentazione amministrativa. In questo modo, l'Autorità di vigilanza ha escluso in capo alla stazione appaltante alcuna discrezionalità in merito alla possibilità di non comminare la sanzione dell'esclusione. Più in particolare, con il parere n. 3/2009, ha chiarito che le giustificazioni preventive da allegarsi all'offerta costituivano "(...) un requisito che tutti gli offerenti dovevano soddisfare e che la stazione appaltante era tenuta a verificare, non diversamente da una ordinaria verifica circa la sussistenza di documentazione prescritta a pena di esclusione (...)". La posizione espressa dall'Autorità di vigilanza con il segnalato parere, tuttavia, non appariva coerente con il suo precedente orientamento. Infatti, lo stesso organo, con il **parere n. 73/2008**, aveva ritenuto che la mancata allegazione delle giustificazioni preventive all'offerta poteva determinare l'esclusione del concorrente solo nel caso in cui l'offerta risultava potenzialmente anomala perché "(...) qualora si ammettesse la possibilità di richiedere giustificazioni ad un concorrente che non aveva corredato l'offerta delle giustificazioni preventive di cui alla *lex specialis* di gara, si verrebbe a determinare una integrazione documentale postuma (...)” con conseguente alterazione della *par condicio* tra i concorrenti. Il parere in questione sembra scindere le giustificazioni preventive dai requisiti di partecipazione alle gare respingendole fuori dell'ambito degli aspetti sostanziali richiesti per la partecipazione alla competizione.

8. L'attuale posizione dominante in giurisprudenza

L'orientamento più recente della giurisprudenza, in linea con lo spirito della successiva riforma varata con l'articolo 4-*quater* della legge n. 102/2009, sembra non collegare all'inosservanza dell'obbligo di corredare l'offerta delle giustificazioni preventive l'automatica esclusione dalla gara. A sostegno dell'assunto, vale la pena riportare alcuni *dicta* di diversi tribunali amministrativi regionali tutti orientati allo stesso modo. Per esempio, il T.a.r. Piemonte, Torino, con propria ordinanza della Sezione I, risalente all'8 novembre 2008, n. 897, pur riconoscendo la portata cogente della disposizione contenuta nel comma 5 dell'articolo 86 del Codice degli appalti che, in quanto fonte eteronoma, non necessitava di alcuno specifico richiamo dal parte del bando di gara, mostra di condividere l'orientamento a tenore del quale "(...) le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta risulti sospetta (Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 2005, n. 6772; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 1072 dell'8 marzo 2004) non essendo siffatta prescrizione senz'altro imposta dalla legge a pena di esclusione delle offerte non documentate, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta risulti sospetta di anomalia (...)". I giudici piemontesi, operando un collegamento tra i principi enunciati e le nuove disposizioni comunitarie (art. 55 della direttiva 2004/18/Ce), hanno ritenuto illegittima l'esclusione di un concorrente da una gara di appalto di servizi proprio in ragione della mancata allegazione all'offerta delle giustificazioni preventive nonostante previste, a pena di esclusione, dal bando di gara. Non diversamente si è espresso anche il **T.a.r. Abruzzo, Pescara, con la sentenza n. 147 del 6 marzo**

^{2[2]} *In terminis*: Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009.

2009, pronunciata dalla Sezione I. Secondo i giudici pescaresi, il negare la possibilità alla ditta di integrare le giustificazioni in caso di mancata allegazione delle stesse all'offerta presentata, con conseguente automatica esclusione dalla gara senza alcun contraddittorio con la stazione appaltante, significherebbe violare il contenuto e la *ratio* dell'articolo 86. Infatti, a parere dei magistrati, "(...) le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara, a pena esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia, solo e in quanto l'offerta risulti sospetta di anomalia (...)". Pertanto, conclude il tribunale abruzzese, "(...) risulta **illogico e contrario** alla lettera, ai principi nazionali ed europei e **alla ratio della normativa vigente** (in specie all'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006) imporre a pena di esclusione la presentazione delle preve giustificazioni, come ha disposto il bando in questione (...)". Non meno importanti sono le considerazioni svolte dal collegio abruzzese in merito al rapporto dell'articolo 86 del Codice degli appalti con la disciplina europea. Infatti, scrivono i magistrati del T.a.r., Pescara, "(...) i principi europei recepiti dal nostro ordinamento mirano a conciliare la velocità di espletamento della gara (per cui è possibile chiedere in via preventiva le giustificazioni) con la sua sostanziale correttezza, ed escludono che si possa imporre a pena di esclusione un adempimento inutile e meramente formalistico, come nel caso di giustificazioni ove l'offerta non risulti affatto anomala (...)". In altre parole, i giudici amministrativi ritengono che in caso di allegazione delle giustificazioni all'offerta il criterio formale diventi recessivo di fronte a quello sostanziale determinato dal possesso dei requisiti di partecipazione.

9. La posizione del Consiglio di Stato in ordine al problema delle giustificazioni da allegarsi preventivamente alle offerte

Secondo la recente ricostruzione del Consiglio di Stato^{3[3]}, la previsione contenuta nell'articolo 86, comma 5, introduceva nel sistema ordinamentale un **adempimento di tipo collaborativo** a carico del partecipante alla gara che consentiva alla stazione appaltante di comprendere il viatico seguito dal concorrente nella "costruzione" dell'offerta e, dunque, la serietà o meno della stessa. Inoltre, a parere dei magistrati di Palazzo Spada, la rilevanza delle giustificazioni preventive sarebbe subordinata all'anomalia accertata dell'offerta o, in ultima analisi, a perplessità che sono state evidenziate dall'organo valutatore. In casi del genere, per esempio, la stazione appaltante, di fronte a delle incertezze legate all'offerta, ben poteva chiedere al concorrente di inserire le giustificazioni preventive in una specifica busta, diversa tanto da quella all'interno della quale era stata inserita l'offerta quanto da quella contenente la documentazione meramente amministrativa. La posizione del Consiglio di Stato è stata ulteriormente chiarita nella **sentenza n. 3146 della Sezione VI risalente al 29 maggio 2009**. I giudici di seconde cure hanno stabilito, senza mezzi termini, che "(...) le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta (...) non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione (...)". L'assunto nasce dalla assorbente considerazione che il diritto comunitario si limita a chiedere il momento del confronto dialettico tra amministrazione e concorrente soltanto dopo l'individuazione di offerte sospettate di essere

^{3[3]} Nello specifico, il Consiglio di Stato con sentenza del 6 marzo 2009 della Sezione VI, n. 1348, ha chiarito che la valutazione dell'offerta, ritenuta anomala, ha conferito rilevanza al particolare che la medesima offerta non sia stata corredata, in precedenza, delle giustificazioni preventive. Infatti, scrivono i giudici, "(...) in questo caso non si tratta, quindi, di verificare la necessità del contraddittorio per la verifica di anomalia (non ultimato), ma di stabilire se il provvedimento di esclusione per carenza documentale, benché attinente alle giustificazioni preventive rilevanti per l'anomalia, debba essere preceduto da un contraddittorio con il concorrente da escludere. Il Collegio ritiene che tale contraddittorio non sia necessario, sia perché non richiesto da alcuna norma o dalla *lex specialis* della gara, sia perché il provvedimento di esclusione costituisce in questi casi un atto di natura vincolata, che rende inutile il contraddittorio (...)". In altri termini, essendo stato rilevato il carattere anomalo dell'offerta ed incidentalmente anche l'assenza delle giustificazioni preventive, quest'ultimo aspetto ha determinato l'esclusione automatica dalla gara con il che è stata coniata l'equazione: anomalia/carenza di giustificazioni preventive=esclusione dalla gara.

anomale e, dunque, solo dopo che siano state determinate le soglie di anomalia. Dal che ne discende che sono sconosciute alle direttive europee le ipotesi di contraddittorio anticipato come, invece, originariamente previsto dall'articolo 86, comma 5, del Codice degli appalti. Questo particolare, invero, di non poco conto ha indotto i giudici nazionali a subordinare l'esclusione delle offerte alla verifica concreta della serietà delle stesse ammettendo, con ciò, la possibilità di ulteriori giustificazioni scritte nel momento in cui viene svolta la verifica di anomalia. Il Consiglio di Stato, successivamente, è ritornato sull'argomento chiarendo che "(...) le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 29 novembre 2005, nr. 6772; Consiglio di Stato, Sezione VI, dell'8 marzo 2004, nr. 1072; Consiglio di Stato, Sezione V, del 21 novembre 2003, nr. 7615)", aggiungendo che "(...) anche la prescrizione, ex art. 87, comportante l'obbligo di presentazione delle giustificazioni unitamente alle offerte, ha come scopo quello accelerare il procedimento e consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza del 12 dicembre 2005, nr. 7034); la prescrizione in analisi, dunque, impone alle imprese un mero onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 21 novembre 2003, nr. 7615)". Tuttavia, i giudici di Palazzo Spada, nel richiamare quanto già chiarito precedentemente, hanno avuto modo di precisare che "(...) la previsione univoca del bando che commina l'esclusione del concorrente che ha omesso di presentare le giustificazioni preventive impediscono alla parte ricorrente di giovare dell'orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato (decisione VI sezione n. 3146/2009), che, facendo perno sull'insegnamento offerto dalla sentenza della Corte di Giustizia Ce del 27/11/2001, in cause riunite C-285/99 e C-286/99, esclude la possibilità di sanzionare con l'esclusione la carenza delle giustificazioni preventive in assenza di una specifica previsione espulsiva da parte della *lex specialis* (...)”^{4[4]}. In questo modo, l'esclusione dalla gara determinata dalla mancata allegazione delle giustificazioni preventive all'offerta rimane confinata alle sole ipotesi della espressa previsione sanzionatoria contenuta nel bando di gara.

10. Come cambia il quadro legislativo per effetto dell'articolo 4-*quater* della legge n. 102/2009?

La griglia normativa costituita dagli articoli 86, 87 e 88 del Codice degli appalti cambia sensibilmente a seguito della novella del 2009^{5[5]}. Infatti, il Legislatore, preso atto delle più recenti linee di tendenza sempre più orientate a ritenere un'aberrazione l'esclusione dell'offerta in caso di mancata allegazione delle giustificazioni preventive, secondo quanto all'origine previsto dal comma 5 dell'articolo 86, ha disposto l'integrale abrogazione della norma in parola. Per conseguenza, si è resa necessaria la completa riscrittura del comma 1 dell'articolo 87 e di gran parte dell'articolo 88. In sostanza, **il procedimento di verifica dell'anomalia**, in contraddittorio con la stazione appaltante, **viene posticipato** al momento della individuazione della graduatoria finale con la conseguenza che la verifica non avrà luogo nel corso della fase pubblicitaria ma in un momento successivo alla seduta pubblica della gara, in via riservata. In altre parole, il Legislatore, allineandosi ai principi comunitari, ha ritenuto che la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta potesse essere richiesta dalla stazione appaltante non solo in un momento successivo alla formulazione dell'offerta ma addirittura anche dopo la conclusione della gara stessa, rimandando a dopo quella fase la verifica in contraddittorio dell'offerta sospettata di anomalia che

^{4[4]} Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 922 del 17 febbraio 2010.

^{5[5]} Per un approfondimento sul tema si rinvia a **G. Guzzo**, *Appalti pubblici: disciplina, procedura e nuovi profili processuali*; Giuffrè Editore; 2010.

fosse risultata aggiudicataria. A chiarire la posizione del Legislatore basti scorrere la lettera nel novellato comma 1 dell'articolo 87, a tenore del quale quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativi agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. **All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.** Dunque, è solo all'apertura delle buste e alla formazione della graduatoria che la stazione appaltante può procedere alla determinazione della soglia di anomalia e alla eventuale richiesta di giustificazioni al primo classificato, qualora l'offerta risulti anomala. Naturalmente, a quel punto, si sviluppa un vero e proprio procedimento di verifica in contraddittorio con l'interessato che, in caso di esito negativo, può determinare l'esclusione dell'offerta anomala e l'aggiudicazione del contratto alla prima migliore offerta non considerata anormalmente bassa.

11. Cosa accade nel caso in cui la stazione appaltante continui ad inserire nel bando clausole che sanzionano la mancata presentazione delle giustificazioni preventive con l'esclusione dalla gara?

Provando a ricostruire il pensiero dei magistrati di Palazzo Spada, alla luce delle pronunce riportate, e soprattutto tenendo conto delle significative modifiche introdotte nel sistema degli appalti pubblici dall'articolo 4-*quater* della legge n. 102/2009, è possibile sostenere che, in casi del genere, l'amministrazione aggiudicatrice, pur non essendo tenuta a seguire un criterio formalistico, potrebbe richiedere nel bando di gara o nella lettera di invito al concorrente di corredare l'offerta delle giustificazioni preventive. Naturalmente, la clausola sarebbe illegittima ove l'inosservanza di tale obbligo venisse sanzionato con la esclusione dalla gara. In fondo, lo stesso comma 5 dell'articolo 86 poneva un mero obbligo collaborativo a carico dell'appaltatore in funzione dell'accelerazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto e non certo una prescrizione cogente da sanzionarsi con l'estromissione dalla gara. Tale ricostruzione sembra stridere con la sentenza n. 922 della Sezione V del Consiglio di Stato risalente al 17 febbraio 2010, richiamata nel precedente paragrafo 9. Tuttavia, va ricordato che i giudici di Palazzo Spada si sono trovati a dirimere una questione sorta ben prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 78/09, convertito, con modifiche, nella legge n. 102/09 e, pertanto, non soggetta ai precetti contenuti nella nuova disciplina.

12. Il problema delle offerte anomale e dell'esclusione dalle gare

L'intera materia dell'anomalia delle offerte, intimamente collegata all'aspetto delle giustificazioni preventive, viene disciplinata dal Codice degli appalti nella Parte II, Sezione V, rubricata "Criteri di selezione delle offerte e verifiche delle offerte anormalmente basse". Le norme fondamentali, come già ampiamente ricordato in precedenza, sono contenute negli **articoli da 86 a 88** che regolamentano, rispettivamente, i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse (art. 86), i criteri di verifica delle offerte anormalmente basse (art. 87) e il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse (art. 88). La costruzione delle norme in parola tiene conto della codificazione comunitaria e, in particolare, dell'articolo 55 della direttiva n. 2004/18/Ce che si riferisce a tutte quelle offerte che, *prima facie*, risultano troppo basse rispetto alle prestazioni richieste dal bando di gara, ingenerando nella stazione appaltante il dubbio di poca serietà dell'offerente. Le norme sono state nel corso del 2009 modificate dall'**articolo 4-*quater* del decreto legge n. 78 dell'1 luglio 2009, convertito nella legge n. 102/2009**. Per effetto di tale intervento legislativo è stato integralmente abrogato il comma 5 dell'articolo 86, è stato completamente riscritto il comma 1 dell'articolo 87, così come il comma 1 dell'articolo 88, al quale ha fatto seguito il comma 1-*bis*, la modifica del comma 2, la riscrittura del comma 3, la modifica del

comma 4 e la parziale riscrittura del comma 7. Dalla lettura dei commi 1 e 2 dell'articolo 86, non incisi dalla novella del 2009, è possibile cogliere come **il meccanismo di verifica dell'anomalia dell'offerta investa**, indistintamente, **tutti i contratti** cui si riferisce il T.U., indipendentemente dal fatto che si tratti di appalti sopra o sotto soglia e che venga aggiudicato con il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, la stessa norma distingue i criteri di individuazione della soglia di anomalia a seconda che il contratto sia aggiudicato con il prezzo più basso o in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, dettando una disciplina diversa. Infatti, il comma 1 dell'articolo 86 stabilisce che nel caso in cui si proceda all'aggiudicazione di un appalto con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti individuano le offerte anormalmente basse sulla base di 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 dallo scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Secondo il Consiglio di Stato, nel procedimento di determinazione della soglia di anomalia, le offerte vengono in rilievo nella loro individualità, cioè indipendentemente dai ribassi in esse contenuti, con la conseguenza che in ognuna delle operazioni previste dall'articolo 86 del Codice degli appalti il riferimento è costituito dalle offerte e non dai ribassi^{6[6]}. Gli stessi giudici di Palazzo Spada hanno ulteriormente chiarito, a tal proposito, che "(...) nel procedimento di determinazione della soglia di anomalia ai sensi degli articoli 86 e 122 del d.lgs. n. 163 del 2006 occorre considerare le offerte nella loro individualità, a prescindere dai ribassi in esse contenuti. In particolare, in caso di più offerte con identico ribasso, non è legittimo considerare le stesse quale unica entità. Tale regola vede quale unica eccezione l'ipotesi di offerte di identico ribasso poste a cavallo dell'ala del 10% nel qual caso esse debbano essere tutte escluse, attribuendo, quindi, alla parola "offerte" un significato non assoluto, ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in esse contenuto (...)"^{7[7]}. Il discorso cambia nell'ipotesi in cui l'appalto venga aggiudicato utilizzando il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il comma 2 dell'articolo 86 prevede che in ipotesi del genere la congruità delle offerte viene valutata dalle stazioni appaltanti ogni qual volta sia i punti relativi al prezzo sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. L'obiezione di fondo mossa ai criteri descritti dal comma 1 e 2 dell'articolo 86 è che essi presentano un certo grado di rigidità e, pertanto, sarebbero poco attendibili. Allo scopo di conferire loro una maggiore flessibilità, più in linea con la giurisprudenza comunitaria, il Legislatore ha residuo in capo alla stazione appaltante la possibilità di valutare la congruità delle offerte che si mantengono al di sotto della soglia di anomalia utilizzando ulteriori specifici elementi ogni qual volta lo ritenga necessario (comma 3). A tal proposito, va ricordata la **determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009** dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che consiglia alle stazioni appaltanti che "(...) è opportuno che la facoltà di ricorrere all'applicazione dell'articolo 86, comma 3, sia prevista nei documenti di gara (bando, norme integrative del bando, disciplinare di gara, lettera di invito)". Il suggerimento nasce dal portato di una sentenza del Consiglio di Stato^{8[8]} che ha espressamente stabilito che "(...) 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 (...)". Dal che ne discende che è consigliabile specificare già nel bando di gara la volontà della stazione appaltante di avvalersi della facoltà riconosciuta dall'articolo 86, comma 3, di fronte al verificarsi di determinati fatti. Per esempio, nella *lex*

^{6[6]} *In terminis*: Consiglio di Stato, Sezione II, parere n. 285 del 3 marzo 1999; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 1094 del 26 febbraio 2003. Per una consultazione integrale delle sentenze si rimanda al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

^{7[7]} Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 6323 del 15 ottobre 2009.

^{8[8]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3143 del 21 maggio 2009, in www.giustizia-amministrativa.it

specialis potrebbe essere contenuta una disposizione che ancori l'utilizzo della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, nei confronti di tutte quelle offerte che superino una certa soglia di ribasso. Gli stessi giudici amministrativi, sempre in tema di verifica delle offerte anomale, hanno osservato che "(...) 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 ciò non di meno sospette (Corte di giustizia Ce, sentenza del 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, comma 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 (...)”^{9[9]}. L'articolo 87, comma 1, del Codice degli appalti, nella precedente formulazione, muoveva dal presupposto che le giustificazioni a corredo delle offerte potessero essere in taluni casi insufficienti o incomplete e, pertanto, determinare il legittimo dubbio di affidabilità del concorrente che le aveva presentate. Per ovviare a tale inconveniente, era previsto che la stazione appaltante chiedesse all'offerente giustificazioni ulteriori rispetto a quelle già presentate a corredo dell'offerta che potessero riguardare diversi elementi quali, per esempio, l'economia del procedimento di costruzione e del processo di fabbricazione, le soluzioni tecniche adottate, l'eccezionalità delle condizioni favorevoli di cui in quello specifico momento può godere l'offerente ad eseguire i lavori, l'originalità del progetto, dei lavori, l'eventuale aiuto ottenuto dallo Stato, il costo del lavoro, da determinarsi secondo puntuali parametri periodicamente resi noti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali^{10[10]}, fermo restando che non erano ammesse, allora come ora, giustificazioni nel caso in cui il trattamento salariale risultasse al di sotto dei minimi di categoria e gli oneri di sicurezza e il piano di sicurezza non apparissero congrui, escludendosi, in tali casi, ogni forma di ribasso dei relativi costi^{11[11]}. Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato ha chiarito che "(...) **non può considerarsi anomala l'offerta calcolata sulla base di tabelle retributive inferiori ai minimi contrattuali, nel caso in cui l'impresa offerente dimostri di avere previsto e contabilizzato, nel calcolo del costo del lavoro, alcuni benefici previsti per i datori di lavoro**

^{9[9]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3143 del 21 maggio 2009.

^{10[10]} Sul punto, vale la pena annotare una interessante quanto eloquente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, rubricata 1451 e risalente al 12 marzo 2009, a tenore della quale "(...) circa le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera, se è pacifico che queste, per alcune voci, espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di parametro legale (art. 86, comma 3 *bis*, di lgs. n. 163-2006, codice dei contratti pubblici). Ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può esser accettato, in quanto risulti puntualmente giustificato. Ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. Ore annue mediamente lavorate dal personale poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudenziali. La conseguenza è che l'offerta la quale si proponga di far conto su un numero di assenze del personale minori rispetto a quelle assunte a livello statistico e su un campione certamente rappresentativo dalle tabelle ministeriali, per essere accettata come plausibile, deve essere accompagnata da significativi ed univoci dati probatori (...)”; In www.giustizia-amministrativa.it.

^{11[11]} A tal proposito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tra gli oneri accessori rientri anche la percentuale di incidenza di IRES e IRAP di cui "(...) correttamente la commissione di gara ne ha tenuto conto, atteso che tutte le tabelle ministeriali relative al costo medio del lavoro (emanate in passato in base all'articolo unico della l. n. 327/2000 e ora in base all'art. 87, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006) fanno espresso riferimento all'incidenza dell'IRES e all'incidenza dell'IRAP. D'altra parte la tesi secondo cui tali imposte gravano sulla fiscalità generale dell'impresa e non sul costo delle singole commesse prova troppo, atteso che si tratta di oneri che vanno distribuiti necessariamente sulle singole commesse, trovando copertura mediante le entrate di ciascuna commessa (...)”; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3143 del 21 maggio 2009; cit..

che assumono a tempo pieno ed indeterminato i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità. La documentazione con cui la società aggiudicataria dimostra di fruire del beneficio dei crediti di imposta non può essere smentita, né in sede di gara, né in sede di giudizio, se non attraverso la querela di falso (...)”^{12[12]}. La novella del 2009, come innanzi cennato, ha sostanzialmente riscritto il comma 1 dell’articolo 87 in ragione della integrale abrogazione del comma 5 del precedente articolo 86. La soppressione della citata norma, tuttavia, non impedirebbe alla stazione appaltante di richiedere le giustificazioni preventive a corredo dell’offerta, purché la mancata presentazione non sia sanzionata dal bando di gara o dalla lettera di invito con l’esclusione. In quel caso, **il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo** dal momento che la nuova formulazione dell’articolo 87, comma 1, prevede per il concorrente di dimostrare in un secondo momento e in contraddittorio con la stazione appaltante la sostenibilità economica dell’offerta. Infatti, proprio in ragione delle novità introdotte dalla legge n. 102/2009, la valutazione dell’anomalia delle offerte si atteggia ad un procedimento in contraddittorio successivo alla fase pubblicistica ed investe il concorrente risultato migliore all’esito della gara e la stazione appaltante. La norma costituisce un vero e proprio allineamento al diritto comunitario che da sempre ha escluso che i documenti giustificativi dell’offerta non potessero essere esibiti in un momento successivo alla gara e valutati dalla stazione appaltante. Infatti, l’attuale formulazione del comma 1 dell’articolo 87 prevede che quando un’offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all’offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l’importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, relativi agli altri elementi di valutazione dell’offerta, procedendo ai sensi dell’articolo 88. In sostanza, **all’esclusione può provvedersi solo all’esito dell’ulteriore verifica, in contraddittorio.** Interessante, infine, appare anche il comma 5 dell’articolo 87, non inciso dalla riforma del 2009, che riconosce alla stazione appaltante la possibilità di respingere un’offerta per il semplice motivo che l’offerente abbia ricevuto un aiuto dallo Stato e non sia stato in grado di dimostrare all’amministrazione aggiudicatrice, nel termine fissato dalla medesima e comunque non inferiore a giorni quindici, che l’aiuto era stato concesso legalmente. La *ratio* della norma è quella di evitare che si alteri la *par condicio* tra i concorrenti e venga, conseguentemente, violato il principio di leale e libera concorrenza.

13. Quando decorrono i termini entro i quali la ditta esclusa può proporre ricorso?

La questione del *dies a quo* a far data dal quale cominciano a decorrere i termini per proporre ricorso innanzi alla giurisdizione del giudice amministrativa è stata affrontata dalla Corte di giustizia, Sezione III, con **sentenza del 28 gennaio 2010 (C-406/08)**^{13[13]}. La fattispecie scrutinata dai giudici lussemburghesi si riferiva ad un caso di appalto pubblico in cui si discuteva proprio del problema della decorrenza dei termini per presentare ricorso giurisdizionale. Nello specifico, la Corte si è trovata a decidere se il termine per proporre ricorso cominci a decorrere dalla data di violazione della normativa ovvero dal momento in cui l’interessato è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione. I giudici europei, partendo dal postulato che la *ratio* della direttiva 89/665/Ce è quella di garantire l’efficacia dei ricorsi e la rapidità di trattazione degli stessi, hanno fatto discendere la conseguenza che i termini per proporre ricorso giurisdizionale comincino a decorrere dal momento in cui l’interessato ha avuto piena conoscenza o avrebbe dovuto avere piena conoscenza delle ragioni che ne hanno determinato l’estromissione dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico. Infatti, spiegano i magistrati europei, soltanto con la conoscenza effettiva dei motivi che hanno indotto la stazione appaltante ad estrometterlo

^{12[12]} *Ex plurimis*: Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2364 del 20 aprile 2009; Consiglio di Stato, Sezione III, parere n. 2352 del 14 agosto 2009.

^{13[13]} Per una consultazione del testo integrale si rimanda al sito www.appaltiecontratti.it.

dalla gara, l'interessato "(...) potrà formarsi un'idea precisa dell'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso (...)". Infine, la Corte ha affermato un altro importante principio in materia di discrezionalità del giudice amministrativo nel dichiarare irricevibile un ricorso per tardività dello stesso. Nello specifico, i magistrati hanno rilevato che la direttiva n. 89/665/Ce "(...) impone al giudice nazionale di prorogare il termine di ricorso esercitando il proprio potere discrezionale, in maniera tale da garantire al ricorrente un termine pari a quello del quale avrebbe usufruito se il termine previsto dalla normativa nazionale applicabile fosse decorso dalla data in cui egli era venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza (...)". In altri termini, è stata codificata una sorta di rimessione in termini a beneficio del soggetto inciso che costituisce un deciso passo in avanti nella direzione della effettività della tutela^{14[14]}.

14. Qual è la ragione della verifica delle offerte sospettate di anomalia e come si sviluppa il procedimento di verifica?

La vera novità introdotta dal terzo decreto correttivo riguarda l'**articolo 88 del Codice** che, come cennato precedentemente, tipicizza il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse, scandendone tempi e modalità e che, da ultimo è **stato sostanzialmente riscritto dall'articolo 4 - quater della legge n. 102/2009**. La giurisprudenza amministrativa ha affrontato innumerevoli volte il problema dell'anomalia delle offerte ritenendo che "(...) 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" (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza dell'11 dicembre 2001, n. 6217; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 29 luglio 2003, n. 4323; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 20 aprile 2009, n. 2384)^{15[15]}. Il corollario che discende da questo principio è 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 immutabile, 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 (...)".^{16[16]} Il concetto da ultimo affrontato in merito alla modificabilità delle giustificazioni, purché non venga modificata l'offerta

^{14[14]} Nel dettaglio, la Corte con la sentenza della Sezione III del 28 gennaio 2010 ha stabilito che "(...) l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, osta a una disposizione nazionale, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che consente a un giudice nazionale di dichiarare irricevibile un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere il risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa in applicazione del criterio, valutato discrezionalmente, secondo il quale siffatti ricorsi devono essere proposti senza indugio. (...) La direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, impone al giudice nazionale di prorogare il termine di ricorso, esercitando il proprio potere discrezionale, in maniera tale da garantire al ricorrente un termine pari a quello del quale avrebbe usufruito se il termine previsto dalla normativa nazionale applicabile fosse decorso dalla data in cui egli era venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle, al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli (...)".

^{15[15]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 4934 dell'11 agosto 2009.

^{16[16]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009.

nel complesso, è stato ulteriormente approfondito dal Collegio il quale ha affermato che “(...) 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 immutabilità 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.) (Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza del 14 dicembre 2004, n. 8028)”^{17[17]}. In questa logica si colloca il comma 4 del citato articolo 88 che impone alla stazione appaltante di convocare l’offerente affinché questi indichi almeno tre giorni lavorativi prima dell’eventuale esclusione ogni elemento che ritiene utile ad evitare l’estromissione dalla gara della propria offerta ritenuta eccessivamente bassa. L’articolo 88, nella nuova versione impressa dalla legge n. 102/09, si apre prevedendo che la stazione appaltante richieda, per iscritto, assegnando al concorrente **un termine non inferiore a quindici giorni**, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni. La stringatezza del termine fa capire l’importanza conferita dal Legislatore al momento della verifica. La norma nulla dice in merito al termine massimo entro il quale le giustificazioni devono pervenire all’organo giudicante. A quel punto, la stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte e ove non le ritenga sufficienti ad escludere l’incongruità dell’offerta, richiede per iscritto all’offerente le precisazioni ritenute pertinenti (comma 1-bis). All’offerente, in tal caso, viene assegnato **un termine non inferiore a giorni cinque** per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste (comma 2) che verranno esaminate dalla commissione, se istituita, o dalla stessa stazione appaltante. Come cennato, prima che l’offerta ritenuta anormalmente bassa venga esclusa, la stazione appaltante convoca l’offerente con un anticipo **non inferiore a tre giorni lavorativi** e lo invita ad indicare ogni elemento utile (comma 4). Nel caso in cui l’offerente non si dovesse presentare alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante dispone l’esclusione dell’offerta prescindendo dalla sua audizione (comma 5). Una volta ultimato il procedimento di verifica dell’offerta, la stazione appaltante dichiara 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 (art. 88, comma 7). **La norma contenuta nel comma 7 costituisce un’autentica novità rispetto alla precedente codificazione e soddisfa esigenze di celerità legate al procedimento di verifica.** Infatti, la stazione appaltante, accertata l’anomalia dell’offerta, non procede immediatamente alla sua esclusione ma posticipa tale momento alla conclusione del procedimento di verifica delle singole offerte anomale fino ad individuare la migliore offerta non anomala. Così facendo, tutte le esclusioni vengono concentrate nel momento dell’aggiudicazione evitando, di guisa, interruzioni della procedura determinate dall’impugnazione delle eventuali singole estromissioni delle offerte ritenute anomale, di volta in volta accertate. Tuttavia, la norma, per effetto della novella del 2009, prevede al secondo periodo che, 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,

^{17[17]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009.

fermo restando quanto previsto dai commi da 1 a 5. Nella prassi, molto dibattuta è la questione relativa all'estensione del potere del giudice amministrativo di sindacare la valutazione espressa dalla stazione appaltante in merito alle giustificazioni presentate dall'offerente. Sul punto, la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ha chiarito che "(...) il giudice amministrativo, nel sindacare le valutazioni espresse dall'amministrazione appaltante in merito alle giustificazioni presentate dagli offerenti in sede di verifica delle offerte anormalmente basse, non può sostituirsi all'amministrazione effettuando un proprio giudizio di congruità, ma deve limitarsi a controllarne la motivazione, in quanto questa "permette un controllo sulla logicità della stessa", senza entrare in "determinazioni che appartengono al merito dell'azione amministrativa." (Consiglio Stato, Sezione IV, sentenza del 5 agosto 2005, n. 4196). Sotto questo angolo visuale, pertanto, non è apprezzabile il tentativo di fornire in sede giurisdizionale ulteriori giustificazioni dovendo il sindacato di legittimità concentrarsi sulle giustificazioni presentate in sede di gara e sulla motivazione fornita dalla stazione appaltante (...) ^{18[18]}. In questo modo, i giudici di seconde cure hanno circoscritto lo spazio temporale entro il quale l'offerente può relazionarsi con la stazione appaltante essendo preclusa allo stesso la possibilità di fornire ulteriori chiarimenti in una sede "neutra" quale è il giudice amministrativo. Del resto, gli stessi magistrati di Palazzo Spada hanno sottolineato come "(...) 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., Sezione IV, sentenza del 20 maggio 2008, n. 2348; 12 giugno 2007, n. 3097; Sezione VI, sentenza del 25 settembre 2007, n. 4933; sentenza del 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., Sezione IV, sentenza dell'11 aprile 2007, n. 1658; Sezione V, sentenza del 3 dicembre 2005, n. 7059; Sezione VI, sentenza del 9 novembre 2006, n. 6607), non potendo, invece, consistere nella integrale ripetizione delle operazioni valutative compiute dall'amministrazione (C.d.S., Sezione V, sentenza del 18 settembre 2008, n. 4494), ciò comportando un'inammissibile violazione del principio di separazione dei poteri (...) ^{19[19]}.

15. Il soggetto che di fatto conduce il contraddittorio con gli offerenti sospettati di aver presentato un'offerta anomala

L'individuazione del soggetto che conduce il contraddittorio non è questione di poco conto, dal momento che **non è stata affrontata direttamente ed espressamente dal Codice degli appalti**. Tuttavia, la giurisprudenza, colmando il vuoto normativo, ha fissato alcuni punti fermi che consentono di fornire un'adeguata risposta alla domanda. Infatti, il Consiglio di Stato, già prima dell'entrata in vigore del T.U. dei contratti pubblici, aveva avuto modo di chiarire che "(...) verificare l'attendibilità e la congruità delle offerte, sulla base delle giustificazioni presentate dai concorrenti, è compito che spetta alla **commissione giudicatrice** e non a un ufficio dell'amministrazione appaltante, anche se tale ufficio opera, ed è quindi specificamente competente, proprio nel settore che attiene l'oggetto della gara. L'ufficio può dare, se richiesti dalla commissione giudicatrice, pareri di ordine tecnico, ragguagli sui prezzi correnti e altri elementi utili per la valutazione delle offerte (...) ^{20[20]}. Nonostante non sussistano più dubbi sul fatto che sia la

^{18[18]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3823 del 15 giugno 2009.

^{19[19]} Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 3769 del 12 giugno 2009.

^{20[20]} Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2579 del 23 maggio 2002. Lo stesso Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 3108 del 23 giugno 2008 ha confermato tale orientamento conferendo allo stesso il carattere della stabilità.

commissione giudicatrice l'organo investito del potere di verificare le anomalie, tuttavia, non è ancora chiaro chi, di fatto, all'interno della commissione, sia investito del compito di condurre il contraddittorio e di solleccitarlo. Trattandosi di organo collegiale perfetto, si è portati a ritenere che la convocazione dell'appaltatore, cui fa riferimento sia il comma 4 dell'articolo 88 che il comma 1-*bis* della medesima norma, presupponga che questi si presenti innanzi alla commissione al completo anche se, tecnicamente, si potrebbe ipotizzare una **delega** magari **a favore del presidente**. Naturalmente, la decisione di estromettere il concorrente dovrà essere adottata dall'organo valutatore nella sua composizione collegiale e dovrà essere congruamente motivata. A tal proposito, il Consiglio di Stato ha chiarito che "(...) mentre il provvedimento amministrativo che ritiene l'offerta anomala deve essere puntualmente motivato, quello che ritiene l'offerta non anomala non abbisogna di una motivazione analitica, essendo sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e giustificazioni della parte che ha formulato l'offerta sottoposta a verifica con esito positivo (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 3 aprile 2002, n. 1853; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza dell'8 marzo 2004, n. 1080; Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana, sentenza del 29 gennaio 2007, n. 5)"^{21[21]}.

16. La posizione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici dopo la novella del 2009

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con **parere n. 136 del 19 novembre 2009**, ha chiarito in materia di giustificazioni preventive che "(...) in considerazione del costante orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale formatasi in materia, può porsi in discussione la conformità dell'obbligo di produrre giustificazioni preventive a pena di esclusione, con le disposizioni vigenti che imponevano alla stazione appaltante di improntare il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta al principio di massima partecipazione dell'offerente (cfr. Corte Giust. Com. Eu., Sezione VI, sentenza del 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99, C-286/99), secondo il metodo del contraddittorio, escludendo la possibilità di disporre immediatamente la non ammissione alla gara delle offerte recanti giustificazioni incomplete. Del resto, la soluzione favorevole alla possibilità di fornire giustificazioni complete successivamente alla presentazione dell'offerta, in omaggio al principio del contraddittorio, è stata seguita anche dalla giurisprudenza che si è pronunciata sull'interpretazione da dare all'art. 21, comma 1-*bis*, L. n. 109/1994, espressamente richiamato al punto 15 lett. c) del bando di gara, trattandosi di procedura di gara bandita nella Regione Sicilia ai sensi dell'art. 20, comma 1, della citata legge n. 109/1994 e s.m., nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, legge regionale 19 maggio 2003, n. 7, legge regionale 29 novembre 2005, n. 16, nonché legge regionale 21 agosto 2007, n. 20 e sua circolare esplicativa (pubblicata su GORS n. 48 del 6 ottobre 2007)". Come può agevolmente cogliersi, l'*Authority*, allineandosi alla giurisprudenza nazionale e comunitaria, ha ritenuto assolutamente legittima la possibilità che il partecipante ad una gara pubblica produca successivamente le giustificazioni a corredo delle offerte posticipando il contraddittorio con la stazione appaltante ad un momento successivo, in linea con quanto previsto dall'articolo 4-*quater* della legge n. 102/09.

^{21[21]} Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 2384 del 20 aprile 2004.

