

## **Le offerte anomale nel nuovo Codice dei contratti (\*)**

Gualtiero Pittalis

1. La disciplina delle offerte anomale, così come quella di molti altri istituti degli appalti pubblici, prende le mosse dal diritto comunitario ed è a questo strettamente raccordata.

Il tema è stato infatti ripetutamente affrontato sia dalle direttive sugli appalti pubblici (a partire dalla prima del 1971 fino a quelle sistematiche del 2004), sia dalla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza 103/89-F.lli Costanzo (quella sulle direttive autoesecutive e sulla loro diretta applicazione negli ordinamenti nazionali) fino alle successive pronunce 285/01- Lombardini e Mantovani, e 147/08-Secap.

Directive e Corte di Giustizia hanno in tal modo disciplinato pressoché tutti gli aspetti dell'istituto, delineando lo statuto comunitario dell'offerta anomala. Statuto fatto di principi e di criteri applicativi.

2. Quanto ai principi, la Corte ha affermato che trattasi di istituto pro-concorrenziale, la cui ratio risiede direttamente nel principio fondamentale di libera concorrenza (che deve essere seria ed effettiva, e quindi preservata dall'inquinamento di offerte inattendibili e falsamente competitive : CGCE 285/01). Concorrenza seria ed effettiva, dunque, con i corollari del libero accesso al mercato degli appalti pubblici, della libertà di stabilimento, della proporzionalità, della trasparenza, della non discriminazione in base alla nazionalità.

Il Codice dei contratti pubblici, fino dalla versione iniziale del 2006, ha dichiarato il pieno recepimento di tali fondamenti comunitari, enunciando inoltre fra i principi generali dell'art. 2 i criteri della qualità delle prestazioni e della correttezza che sono direttamente riferibili (in sé e quali espressioni del principio costituzionale di buon andamento) al tema delle offerte anomale, nel senso dell'esigenza di garantire l'amministrazione contro il pericolo di offerte complessivamente inaffidabili (questo è il concetto utilizzato dall'art.88 del Codice e ribadito anche recentemente dal Consiglio di Stato, CDS,VI,2384/09) e perciò suscettibili di compromettere il risultato finale e quindi l'interesse pubblico sotteso al contratto, oltreché di falsare la concorrenza.

3. Quanto ai criteri applicativi, in particolare nelle sentenze del 1989 e del 2001 la Corte ha chiarito quali sono i tratti essenziali della disciplina in ossequio alle direttive ed al Trattato ed a salvaguardia del principio di concorrenza:

- l'obbligo del contraddittorio (successivo alla presentazione dell'offerta ed alle giustificazioni preventive) per verificare la fondatezza o meno dell'iniziale sospetto di anomalia;
- la soglia di anomalia quale soglia aritmetica utile ad individuare non le offerte da escludere bensì le offerte da verificare (in contraddittorio);
- il conseguente divieto di esclusione automatica dell'offerta sospettata di anomalia;
- l'estensione illimitata del contraddittorio, che può svilupparsi per fasi successive (TAR Emilia-Romagna, 169/03: "*contraddittorio reiterato*") e su ogni tipo di giustificazione pertinente (il concetto di pertinenza è espressamente enunciato dall'art.87, e richiama quello di ragionevolezza), e che nel nostro ordinamento costituisce si specifica espressione del più generale principio di partecipazione scolpito nella legge 241/1990 (come osserva il Consiglio di Stato, CDS,V,4847/08) ma che con riferimento al tema

dell'anomalia deve anch'esso leggersi come funzionalizzato alla tutela della serietà ed effettività della concorrenza.

Anche i descritti criteri applicativi sono stati recepiti dal Codice dei contratti, nella versione iniziale e nei successivi correttivi, in particolare l'ultimo del 2008, agli artt. da 86 a 88 e nell'ultimo comma degli artt. 122 e 124, ed il Codice ha espressamente esteso la verifica dell'anomalia, così delineata nei suoi tratti essenziali, a tutti i criteri di aggiudicazione, compreso quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in linea con quanto la giurisprudenza (CDS,V,768/04, TAR Piemonte,II,1118/06) aveva già sostenuto riferendosi al tenore delle direttive comunitarie.

4. Il diretto ancoraggio ai principi comunitari fondamentali del Trattato ha anche determinato la disciplina dell'anomalia per gli appalti sottosoglia che presentino un interesse transfrontaliero, ai quali la Corte di Giustizia (sentenza 147/08) ha dichiarato che tali principi debbono necessariamente estendersi, con conseguente impossibilità, anche in tali appalti, dell'esclusione automatica (cioè senza contraddittorio) salvo che nell'ipotesi residuale di (i) valore economico molto contenuto dell'appalto, associato alla (ii) presenza di un congruo numero minimo di offerte, presupposti che la Corte Costituzionale (sentenza 40/1998) aveva già a suo tempo ritenuto coerenti con il canone di ragionevolezza (sul quale torneremo).

Il Codice ha di nuovo recepito tali indicazioni nell'ultimo comma degli artt. 122 e 124, fissando nel terzo correttivo del 2008 tale valore (pari o inferiore a 1 MI/Euro per i lavori, e pari o inferiore a 100.000 Euro per servizi e forniture) ed il numero minimo (dieci) di offerte necessariamente compresenti perché possa (non "debba") prevedersi nel bando (e quindi pur sempre preventivamente nella *lex specialis* della gara soggetta a pubblicazione) l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Ciò detto in via generale e molto riassuntiva, possono esaminarsi brevemente alcuni specifici aspetti che presentano un interesse particolare per le loro implicazioni giuridiche.

5. Il primo. Quali offerte debbono o possono essere verificate. Ferma l'obbligatorietà della verifica per le offerte individuate sulla base della soglia, il Codice aggiunge che l'Amministrazione può (sulla base di una decisione discrezionale) sottoporre a verifica di anomalia anche ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Lo dice l'art. 86, comma 3, del Codice, che autorizza l'estensione "*in base ad elementi specifici*", concetto che richiama non solo l'onere di motivazione sul punto ma anche la nozione di discrezionalità tecnica ed i canoni di ragionevolezza e di proporzionalità, concetti per definizione di carattere relativo che hanno come riferimento il caso concreto (si tenga presente che il Consiglio di Stato ha affermato il principio del doveroso adattamento del procedimento di individuazione dell'anomalia alla specificità della singola gara - CDS,V,1347/07- criterio che evidentemente si pone in sintonia con gli "elementi specifici" ai quali l'art. 86 subordina l'estensione della verifica alle offerte non evidenziate dalla soglia).

La possibilità di estensione della verifica è stata da tempo affermata dalla giurisprudenza (CDS,III,parere 196/1998, CGARS 52/03, TAR Campania 7831/06) sulla base del potere generale di autotutela in senso ampio e delle finalità dell'istituto in precedenza indicate e riconducibili al Trattato ed alla Costituzione.

Ed il giudice amministrativo ha anche fatto notare (CDS,V,6290/08, TAR Lazio,III,9435/03) che se non si riconoscesse tale potere generale di verifica indipendentemente dalla soglia, sarebbe

illegittima la stessa fissazione automatica della soglia (riconosciuta in astratto comunitariamente compatibile dalla Corte di Giustizia nella sentenza 285/01, e più recentemente da CDS,V,6290/08), sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione fra offerte anche molto simili e della potenziale compromissione dei principi comunitari e costituzionali sottesi alla disciplina delle offerte anomale (un'offerta in realtà inaffidabile potrebbe risultare prescelta, senza possibilità di essere verificata, per il solo fatto di essere al di là di una soglia aritmetica fissata in modo automatico e quindi necessariamente presuntivo).

6. Come abbiamo accennato, la decisione di procedere alla verifica di offerte non automaticamente individuate come in sospetto di anomalia sulla base della soglia costituisce espressione di una scelta che appartiene alla sfera della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione (TAR Lazio,III-ter,2596/05, TAR Piemonte,II,1118/06), così come alla discrezionalità tecnica appartiene il giudizio conclusivo in esito alla verifica di anomalia.

Ovviamente, quando si parla di giudizi e decisioni discrezionali dobbiamo aggiungere "da motivarsi", anche ai fini del sindacato giurisdizionale. Il Consiglio di Stato – CDS,IV,1658/07 - ha ritenuto sufficiente una motivazione per così dire attenuata nel caso di giudizio di non anomalia, ma ciò credo che debba intendersi nel senso di poter fare ricorso per relationem alle giustificazioni dell'offerente piuttosto che come attenuazione vera e propria dell'onere motivatorio, giacchè in ogni caso il giudizio conclusivo determina l'aggiudicazione e quindi incide sui principi di concorrenza e libero accesso che stanno alla base dell'intera disciplina dei contratti pubblici.

7. Altro tema specifico. Quali giustificazioni preventive può chiedere l'Amministrazione agli offerenti. L'elenco dell'art.87 è esemplificativo, come avviene per i parametri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e la giurisprudenza risolve il problema nello stesso modo, sulla base – ancora una volta - del criterio di ragionevolezza e di proporzionalità (lo stesso art. 87 usa il criterio della pertinenza a proposito delle giustificazioni successive in contraddittorio), sostenendo che l'Amministrazione può discrezionalmente decidere quali giustificazioni preventive richiedere, anche a pena di esclusione (Corte di Giustizia 285/2001, CDS,V,826/09), con clausola che deve però rispondere a ragionevolezza e proporzionalità (CDS,VI,1348/09) e quindi essere pertinente rispetto all'oggetto ed alle caratteristiche della singola gara.

Sulla piena coerenza della possibilità di chiedere a pena di esclusione le giustificazioni preventive, nel momento in cui deve comunque farsi successivamente luogo ad un contraddittorio a tutto campo sull'eventuale sospetto di anomalia, è lecito nutrire qualche dubbio, e quindi a maggior ragione i canoni di ragionevolezza, di proporzionalità e di pertinenza dovranno essere applicati con particolare rigore.

Discrezionalità tecnica, ragionevolezza, proporzionalità, pertinenza: criteri ricorrenti in materia di offerte anomale, per la soluzione di molteplici questioni (l'individuazione dell'interesse transfrontaliero, l'estensione soggettiva ed oggettiva della verifica, la richiesta di giustificazioni preventive, ed altri).

8. Con ciò tocchiamo uno dei temi centrali dell'istituto dell'anomalia: l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni e sulle decisioni dell'Amministrazione, argomento da esaminare in base al principio di effettività della tutela che costituisce anch'esso cardine del diritto comunitario (direttive ricorsi 665/1989 e 66/2007), e che – sia detto per inciso - autorizza qualche interrogativo

L'effettività della tutela comporta (De Lise) che occorre tutelare l'interesse del concorrente *"nella sua materialità, vale a dire rispetto a quella utilità concreta che consiste nella aggiudicazione e nella stipula del contratto"*.

Se questo è l'obiettivo, e tantopiù se tale obiettivo è (come è) di rango comunitario e costituzionale, e se lo stesso Codice dei contratti sia nei principi generali che nelle disposizioni processuali sancisce il principio di effettività, dovrebbero evitarsi restrizioni ed impedimenti che allontanino dal conseguimento di detta materialità ed utilità concreta e che non siano strettamente necessari al rispetto di principi altrettanto fondamentali dell'ordinamento.

L'inclinazione della giurisprudenza sul punto autorizza qualche interrogativo.

Il Consiglio di Stato, con una avanzata sentenza del 2006 (CDS,VI,6607/2006), dopo avere sottolineato il definitivo e doveroso superamento dell'equazione discrezionalità tecnica = merito insindacabile, ha dichiarato il potere di verifica diretta da parte del giudice amministrativo dell'attendibilità delle operazioni tecniche sottese al giudizio di anomalia sotto il profilo della loro correttezza quanto a (i) criterio tecnico, e (ii) procedimento applicativo, (iii) potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia il tradizionale strumento della verifica che la CTU (legge 205/2000).

Si è trattato di un indirizzo molto aperto, che era stato in qualche modo preannunciato da un articolato precedente del 2004 (CDS,VI,926/04) e che si è tradotto nella citata sentenza del 2006 la quale (i) ha dichiarato essa direttamente non anomala un'offerta che, vincitrice della gara, era stata esclusa per anomalia dall'Amministrazione appaltante, e che (ii) ha direttamente riconosciuto anche il risarcimento per equivalente del danno da mancata aggiudicazione, dopo che nelle more del giudizio l'appalto era stato aggiudicato ad altri e da questi eseguito.

Tale indirizzo, tuttavia, sembrerebbe essere stato successivamente ridimensionato dallo stesso Consiglio di Stato, che in talune pronunce (CDS,VI,2384/09; CDS,IV,1658/07) ha, più tradizionalmente, circoscritto il sindacato alla motivazione ed alla logicità del giudizio sull'anomalia, oltrechè all'errore di fatto (e TAR Lazio,III,3577/08 ha parlato nuovamente di controllo formale ed estrinseco), negando inoltre, così sembrerebbe, la possibilità di una pronuncia diretta sostitutiva del provvedimento (in ossequio al principio di separazione).

Sindacato debole-estrinseco contrapposto a sindacato forte-intrinseco sono temi con cui il giudice amministrativo si è già misurato, in particolare sul terreno dei provvedimenti dell'Antitrust (CDS,VI,5156/02-Enel) che esprimono, così come il giudizio sull'anomalia, valutazioni prognostiche basate su scienze non esatte (questo è il discrimine utilizzato dalla giurisprudenza): ed il concetto di sindacato debole-estrinseco è stato perlopiù applicato per sostenere l'esclusione del sindacato giurisdizionale sul contenuto sostanziale della valutazione tecnica.

9. Di qui gli interrogativi cui si accennava. Se con la legge 205/2000 si è sancito l'accesso del giudice amministrativo al fatto, e se sul terreno dell'anomalia il fatto ha a che vedere con l'affidabilità dell'offerta rispetto al mercato ad alle condizioni dell'offerente (pur nella consapevolezza che su tale terreno non è sempre agevole separare il fatto dal giudizio), l'oggetto del sindacato non dovrebbe essere necessariamente ristretto all'iter logico e motivatorio del giudizio ma dovrebbe poter investire anche l'aderenza sostanziale del giudizio a tali presupposti, ovviamente sulla base di apposito accertamento tecnico attraverso CTU e tutte le volte in cui l'impugnativa del provvedimento dell'amministrazione sottoponga all'attenzione del giudice specifiche circostanze fattuali.