

Verifica delle offerte anomale nei pubblici appalti: le novità del decreto anticrisi
Articolo di [Stefano Cresta](#) 28.10.2009

| [appalti pubblici](#) | [offerta anomala](#) | [Stefano Cresta](#) |

Le novità in materia di verifica delle offerte anomale nei pubblici appalti alla luce del recente decreto anticrisi (d. l. n. 78/2009 conv. con l. n. 102 del 3 agosto 2009).

di [Stefano Cresta](#)

Il delicato tema delle c.d. offerte anomale e, in particolare il procedimento di individuazione delle stesse in sede di gara è stato di recente oggetto di vari interventi, sia in sede consultiva che sul piano normativo.

In primo luogo si segnala il recente intervento dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici che, con la Determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009¹, ha fornito una serie di chiarimenti su aspetti controversi della procedura in questione.

La recente "manovra estiva" culminata nel c.d. [Decreto anticrisi](#) del 1° luglio 2009, n. 78² ha, come vedremo, recepito le "linee guida" espresse dall'Autorità novellando, tra l'altro, l'art. 88 del Codice dei contratti³ in un'ottica di semplificazione e di snellimento della procedura di verifica in discussione.

Con riferimento alla citata determina dell'Autorità si osserva che la stessa si è pronunciata sul quesito in ordine alla possibilità o meno per la stazione appaltante (a seguito della citata modifica apportata dal terzo decreto correttivo all'articolo 88, comma 7, del Codice) di svolgere i sub procedimenti di verifica delle offerte non uno alla volta (secondo il meccanismo dello "scorrimento"), ma anche contemporaneamente (cioè "in parallelo").

L'Autorità ha pertanto analizzato il tenore dell'art. 88, rilevando innanzitutto che: *"il procedimento di verifica dell'anomalia è ora da ritenersi unitario, pur se articolato in più fasi istruttorie relative alle singole offerte, poiché lo stesso procedimento si conclude con la dichiarazione delle esclusioni di quelle offerte che nelle frasi istruttorie sono state ritenute anomale e con l'aggiudicazione in favore della migliore offerta non riscontrata anomala"*.

Il che comporta, sempre a parere dell'Autorità che: *"Qualora, quindi, la verifica di congruità debba essere effettuata nei riguardi di più offerte, è possibile che le singole fasi istruttorie di tale verifica, al fine di ridurre i tempi per la individuazione dell'aggiudicatario definitivo, siano svolte in contemporanea avviando tali fasi istruttorie a partire dalla miglior re offerta e proseguendo gli avvii dei sub-procedimenti delle altre offerte, anche se non ancora concluse le precedenti, seguendo l'ordine progressivo dei ribassi offerti; la fase conclusiva delle fasi istruttorie si deve svolgere a partire dalla migliore offerta e, ove necessario, in quando non si è ancora individuata l'offerta congrua, progressivamente in ordine decrescente nei confronti delle successive"*.

In sostanza l'Autorità ha evidenziato l'opportunità per la stazione appaltante, (nel caso in cui si debba procedere a verificare più offerte), di svolgere le singole fasi istruttorie in contemporanea (cioè in parallelo), avviando i sub-procedimenti di verifica seguendo l'ordine progressivo dei ribassi offerti, pur in pendenza della procedura di verifica dell'offerta immediatamente precedente.

Il tutto si traduce nella notevole riduzione dei tempi di verifica (siccome la richiesta di chiarimenti di un'offerta sospettata di anomalia viene inoltrata mentre non sono ancora state completate le verifiche

delle precedenti offerte), con un notevole vantaggio per la stazione appaltante stessa in termini di celerità e semplificazione della procedura.

Come è già stato accennato, la semplificazione della procedura di verifica delle offerte anomale suggerita dall'Autorità, è diventata legge: il [D.L. 1 luglio 2009, n. 78](#) (convertito con [Legge 3 agosto 2009, n. 102](#)), ha, infatti, modificato l'art. 88, comma 7, come segue:

"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.

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, fermo restando quanto previsto dai commi 1 e 5. 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 procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala".

Viene così "normativizzato" un *modus procedendi* alternativo per la stazione appaltante rispetto al metodo dello scorrimento (che, come già indicato, iniziava con la verifica della prima migliore offerta e, solo una volta completate le verifiche su questa, permetteva alla stazione appaltante di avviare il contraddittorio sulla successiva).

Tale alternativa, come prevede la norma, per essere operativa deve però essere indicata nella *lex specialis* (bando o lettera di invito), non potendo la legge "eterointegrare" il bando in mancanza di indicazioni specifiche.

Ciò evidenziato, si fa ancora presente che il citato decreto anticrisi ha apportato un'ulteriore semplificazione al procedimento di verifica delle offerte anomale: esso ha, infatti, abrogato l'art. 86, comma 5 del Codice dei contratti⁴,

In questo modo è venuto meno l'obbligo per gli operatori concorrenti di allegare le c.d. "giustificazioni preventive" all'offerta presentata, e con esso i connessi problemi relativi alla possibilità o meno di legittimamente prevedere nel bando l'obbligo di tale allegazione, accompagnato magari dalla sanzione dell'esclusione dalla gara degli operatori inottemperanti⁵.

Si osserva, in ogni caso, che la giurisprudenza aveva già interpretato la previsione oggi abrogata nel senso di imporre comunque in capo alla stazione appaltante l'obbligo, nel caso in cui la concorrente non avesse presentato tali giustificazioni, di richiedere alla stessa di fornirle successivamente (senza poterla escludere dalla gara).

L'attuale assetto normativo del Codice sulla materia in argomento è stato pertanto allineato alle posizioni della giurisprudenza (interna e comunitaria).

Si aggiunga che - per coerenza logica e sistematica con l'intervenuta soppressione della previsione normativa delle giustificazioni preventive - la legge di conversione del Decreto Anticrisi ha altresì modificato l'art. 87, commi 1 e 2 del Codice che ora risulta così formulato:

"1. 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, relative 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.

2. Le giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;*
- b) le soluzioni tecniche adottate;*
- c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;*
- d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;*
- f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;*
- g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".*

Pare opportuno segnalare, infine, anche le ulteriori modifiche che il Decreto Legge n. 78/2009 ha apportato all'art. 88 del Codice, che attualmente così dispone: "1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.

1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.

3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1 bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

6. [La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile].

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. 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, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. 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 procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala".

Come si evince dalla lettura della norma, il termine accordato ai concorrenti per presentare le giustificazioni richieste non è più di dieci giorni, ma è stato elevato a quindici (primo comma dell'art. 88). Viceversa, è stato dimezzato (da 10 a 5 giorni) il termine concesso all'offerente per rendere per iscritto le "precisazioni" (che sostituiscono le precedenti "giustificazioni").

Risulta, infine, più breve anche il termine di convocazione al contraddittorio orale con la stazione appaltante (prodromico all'esclusione) che viene ridotto ad "almeno tre giorni" prima (al posto dei cinque previsti dalla precedente normativa).

1 Reperibile sul sito ufficiale www.autoritalavoripubblici.it.

2 Convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102, in G.u. n. 179 del 4 agosto 2009, Suppl. Ord. n. 140.

3 Su cui si era già registrato l'intervento del c.d. terzo decreto correttivo ([D.Lgs. n. 152/2008](#)).

4 Secondo cui: "5. Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

5 Clausola che, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza, è da ritenersi illegittima (v. TAR Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2009 n. 83; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 6 marzo 2009, n. 147).

La giurisprudenza nazionale ha, inoltre, chiarito che l'omissione della presentazione preventiva delle giustificazioni dell'offerta economica non può legittimare l'immediata esclusione dalla gara dell'impresa in quanto non prevista dal Codice degli appalti: v. TAR Piemonte, sez. I, 11 febbraio 2009, n. 401; *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4842; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6772; Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072 (con ciò dando alle norme citate un'interpretazione compatibile con l'impostazione comunitaria).

(da www.altalex.it)