

Il principio di equiordinazione delle offerte e il delicato calcolo della soglia di anomalia

02 Luglio 2018
Silvia Santoro

Indice

1. Le coordinate normative di riferimento
2. I criteri di selezione delle offerte: il principio di equiordinazione
3. Le offerte anormalmente basse: profili sostanziali e procedurali
4. Il meccanismo di individuazione delle offerte anomale
5. La questione del cd. taglio delle ali e gli ultimi pronunciamenti giurisprudenziali

Abstract

La nuova disciplina in tema di contratti pubblici è ispirata al principio di derivazione comunitaria del *favor participationis*.

Si tratta di un principio volto a scongiurare episodi di discriminazione delle imprese europee rispetto a quelle nazionali e consentire la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica.

Tale impostazione ha indotto il legislatore nazionale a modificare in maniera incisiva aspetti afferenti alla disciplina in tema di aggiudicazione, sacrificando il granitico principio di equiordinazione dei criteri di selezione delle offerte, ed introducendo una modalità di calcolo della soglia di anomalia piuttosto complessa e foriera di numerosi dubbi interpretativi.

1. Le coordinate normative di riferimento

La materia di contratti pubblici vive un momento di rinnovato interesse alla luce del riconoscimento della capacità negoziale della PA e delle modifiche introdotte nel Decreto Legislativo n. 50 del 2016, recante il nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”.

La disciplina vigente è il frutto di un lungo processo di conformazione del diritto interno alle prescrizioni del diritto unionale, così come interpretato dalla Corte di Giustizia.

Senza dubbio **il tratto caratterizzante dell’influenza del diritto dell’Unione Europea si sostanzia nel rilievo prioritario riconosciuto alla “libertà di concorrenza” e alla *par condicio concurrentium***, nell’intento di scongiurare episodi di discriminazione delle imprese europee rispetto a quelle nazionali.

Tale principio involge l’intera disciplina dei contratti pubblici, attraverso l’introduzione o il ripensamento di istituti volti assicurare la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, tra cui vi rientrano le disposizioni in tema di selezione delle offerte di gara.

2. I criteri di selezione delle offerte: il principio di equiordinazione

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici ha catalizzato sin da subito l’attenzione degli interpreti, in

particolare per le modifiche legislative afferenti ai criteri di aggiudicazione delle offerte e di individuazione della soglia di anomalia.

I criteri di aggiudicazione sono i metodi che permettono l'individuazione dell'offerta aggiudicataria.

La disciplina di riferimento è contenuta negli articoli 95-97 ed opera una summa *divisio* tra il criterio del minor prezzo e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, laddove la stazione appaltante abbia optato per il primo criterio, l'offerta aggiudicataria sarà quella che presenti un ribasso più consistente rispetto al prezzo posto a base di gara; viceversa, alla stregua del secondo criterio, l'offerta aggiudicataria sarà individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo delle prestazioni o dei beni offerti.

Una delle principali novità del nuovo Codice si rinviene nel superamento del principio di equiordinazione dei criteri di aggiudicazione: il legislatore, infatti, diversamente dal testo previgente, accorda una netta preferenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In altri termini, l'impiego del criterio del minor prezzo è circoscritto ad ipotesi tassative indicate dal comma 4 dell'articolo 95 ed è subordinato, altresì, ad un onere motivazionale particolarmente stringente, che la stazione appaltante è obbligata ad indicare nel bando di gara.

La ratio giustificativa di questa impostazione si spiega nella volontà di garantire l'effettività del principio della *par condicio* degli offerenti, nonché una maggiore trasparenza della procedura ad evidenza pubblica.

3. Le offerte anormalmente basse: profili sostanziali e procedurali

Il *novum* legislativo ha inciso su un ulteriore profilo attinente alla valutazione delle offerte, ovvero l'individuazione delle offerte anomale.

A livello definitorio, **per offerte anomale si intendono quelle offerte troppo basse rispetto al valore delle prestazioni richieste nel bando, al punto da suscitare ragionevoli sospetti in ordine alla serietà dell'offerente e alla sua possibile non corretta esecuzione dei servizi, opere o forniture promesse.**

In presenza di un'offerta anormalmente bassa, la stazione appaltante è tenuta a verificarne la serietà ed accertare che quanto offerto non sia il frutto di un ribasso casuale del prezzo a base di gara, con l'unico intento di ottenere l'aggiudicazione.

Per tali ragioni, il nuovo Codice dei Contratti ha provveduto a dettare una disciplina puntuale e rigorosa in ordine al procedimento di verifica della soglia di anomalia, applicabile a tutte le procedure ad evidenza pubblica ma differente in ragione del criterio prescelto per la selezione dell'offerta.

In linea generale, non opera alcuna automatica esclusione dalla gara delle offerte anormalmente basse, in ossequio al principio di massima partecipazione alle competizioni selettive, salvo quanto disposto dall'articolo 97, comma 8.

La norma richiamata riconosce alla stazione appaltante la facoltà di escludere automaticamente l'offerta anomala nelle fattispecie rigorosamente previste ed, in particolare, laddove tale previsione sia già contemplata nel bando, il numero delle offerte sia superiore a 10 ed il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso.

In tali evenienze, l'offerta anomala, che presenta una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, può essere automaticamente esclusa.

In disparte l'ipotesi suddetta, l'organo di gara non può procedere all'esclusione automatica dell'impresa senza prima aver consentito di presentare osservazioni, volte a dissipare ogni sospetto di presunta anomalia.

Sotto il profilo procedimentale, l'individuazione dell'offerta anomala si configura come un subprocedimento, che si innesta tra la fase di apertura delle buste e l'aggiudicazione dell'appalto

In sostanza, dopo aver individuato l'offerta sospetta di anomalia, la PA procedente inoltra all'offerente un'istanza volta ad ottenere, entro il termine prefissato dalla legge, le necessarie delucidazioni.

A questo punto, l'operatore economico provvede a rappresentare gli opportuni chiarimenti a sostegno della serietà della propria offerta. Il concorrente, al fine di dimostrarne la congruità, è ammesso a fornire spiegazioni su qualsiasi elemento dell'offerta anche non espressamente richiesto dalla stazione appaltante come incongrue.

Il procedimento si conclude poi con la verifica delle osservazioni pervenute e la valutazione delle stesse da parte della stazione appaltante.

La dottrina più recente si è interrogata sulla possibilità di riconoscere il carattere autonomo all'impugnazione dell'atto di individuazione dell'offerta anomala.

Secondo orientamento risalente, l'osservanza o la cattiva applicazione della disciplina delle offerte anomale, quando suscettibile di produrre effetti distorsivi della concorrenza, incide negativamente sulla sfera giuridica delle imprese partecipanti alla gara, indipendentemente dalla mancata aggiudicazione. Tali argomentazioni inducono a riconoscere alle imprese, la cui offerta sia ritenuta *prime facie* anomala, un onere di tempestiva impugnazione.

Diversamente, un recente orientamento giurisprudenziale sostiene che la lesione dell'interesse legittimo del partecipante alla gara sottoposto a verifica non è determinato dall'avvio della procedura di cui all'articolo 97 del Decreto Legislativo n. 50 del 16, non è tale avvio a rendere azionabile la tutela giurisdizionale ma il provvedimento di esclusione della gara.

Il procedimento di verifica dell'anomalia può concludersi con un provvedimento di esclusione, adeguatamente motivato, a fronte dell'esigenza di rendere trasparente le ragioni a sostegno dell'inaffidabilità dell'offerta.

La sussistenza di un obbligo motivazionale risulta controversa con riguardo al provvedimento con il quale l'amministrazione reputi congrua l'offerta.

Sul punto, **la prevalente giurisprudenza esclude la necessità di una puntuale motivazione del provvedimento che reputa congrua l'offerta, in ragione al contenuto favorevole per il diritto dell'interessato.** Tale adempimento è limitato alle ipotesi in cui il provvedimento, reso al termine del procedimento di verifica, conferma l'anomalia dell'offerta.

Secondo tale impostazione spetterà a chi ricorrere contro l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi su cui possa evincersi che la valutazione tecnico discrezionale spesa della PA sia manifestamente irragionevole.

Al contrario, un diverso filone giurisprudenziale ritiene che l'obbligo motivazionale si impone anche nel caso di giudizio finale positivo essendo anch'esso connotata da discrezionalità tecnica.

Sotto il profilo processuale, il Giudice Amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del giudizio di anomalia, può sindacare le valutazioni della PA unicamente sul piano della loro logicità e ragionevolezza, della carenza di istruttoria elettronica difatti, senza potervi sovrapporre le proprie valutazioni tecnico-discrezionali.

4. Il meccanismo di individuazione delle offerte anomale

Per quanto riguarda l'individuazione della soglia di anomalia, il meccanismo delineato dall'articolo 97 del Decreto Legislativo n. 50 del 16 è legato al criterio prescelto dalla stazione appaltante per la selezione delle offerte.

Nello specifico, nel caso di contratti da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono ritenute anomale le offerte alle quali sia assegnato un punteggio pari o superiori ai quattro quinti dei punti massimi previsti nel bando, tanto nella componente tecnica che per quella economica.

Pertanto, è anomala l'offerta che c'è un punteggio alto contemporaneamente sul piano tecnico e all'offerta economica, in virtù di un rialzo o un ribasso consistente.

Laddove sia adottato il criterio del prezzo più basso, l'iter valutativo diviene evidentemente più complesso: i metodi per individuare la soglia di anomalia sono cinque e sono sorteggiati in sede di gara.

Particolari problemi interpretativi non sorgono con riferimento ai metodi di cui alle lettere c) e d); la soglia di anomalia è data rispettivamente dalla media dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 15% nel primo caso e del 10% nel secondo.

Al contrario, nelle ipotesi di cui alla lettera a), b) ed e), il procedimento descritto della norma appare più complesso, in ragione dell'operatività del cosiddetto "taglio delle ali".

5. La questione del cd. taglio delle ali e gli ultimi pronunciamenti giurisprudenziali

A ben vedere, il taglio delle ali è un meccanismo che consente di escludere dal calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali offerte che ricadono nelle ali, ovvero quelle più alte o più basse entro una certa percentuale indicata dalla norma di riferimento.

La natura del meccanismo *de quo* è controversa, ritenuta da una parte della dottrina se le offerte collocate **Secondo il parere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, l'accantonamento delle ali, ovvero delle offerte con percentuali più alte e più basse ribasso, è una mera operazione aritmetica, distinta dall'effettivo automatica esclusione dei concorrenti, che superano la soglia di anomalia.**

Il fatto che le offerte con i ribassi estremi, in un senso o nell'altro, siano escluse dal primo calcolo è dovuto alla necessità di evitare che l'offerta anomala incida eccessivamente nel calcolare la media.

Il Consiglio di Stato, nella sua più pregnante espressione, ha chiarito che il taglio delle ali ha la finalità di individuare, insieme ad altri indici la soglia di anomalia, e non quella di escludere automaticamente dalla gara le imprese che abbiano presentato un'offerta ricadente in quel taglio.

TAG: *appalti, appalti pubblici, offerte anomale, principio di equiordinazione, soglia di anomalia, amministrativo, diritto degli appalti, diritto regionale e degli enti locali*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal

nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.

Filodiritto(Filodiritto.com) un marchio di **InFOROmatica S.r.l**