

Rassegna ragionata dei pareri di precontenzioso in tema di ‘verifica dell’anomalia’ 2017-2019*

a cura di Alex Di Staso

* Gli studi pubblicati non costituiscono delle posizioni ufficiali dell’A.N.AC.

INDICE

Premessa

1. L'individuazione delle offerte anomale e l'avvio della verifica di congruità
- 1.1. Le prime delibere in merito all'individuazione della soglia di anomalia dopo l'entrata in vigore dello sblocca cantieri
2. L'istruttoria nell'ambito della verifica di anomalia
3. L'oggetto della verifica di anomalia
- 3.1. Le prestazioni rese a titolo gratuito
- 3.2. I costi del lavoro
4. La tardività delle giustificazioni
5. L'esito del giudizio di anomalia e l'obbligo di motivazione
6. L'esclusione automatica di cui all'art. 97, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016
7. La sindacabilità del giudizio di anomalia

Premessa

L'art. 97 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, rubricato "*Offerte anormalmente basse*", prevede la disciplina alla quale la stazione appaltante deve attenersi per valutare - ed eventualmente escludere - un'offerta che si configuri come anomala, ossia che risulti anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara e che può, pertanto, ingenerare il sospetto di una scarsa serietà della stessa o di una possibile non corretta esecuzione delle prestazioni richieste.

In presenza di un'offerta che si sospetti essere anomala, la stazione appaltante è tenuta ad avviare il subprocedimento di verifica previsto dal suddetto articolo, svolgendo, in sede di valutazione dell'offerta, un giudizio di natura tecnica teso ad appurare, in collaborazione con i concorrenti interessati, congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta presentata (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 475 del 23 maggio 2018**).

Tanto premesso in ordine generale, si deve fin d'ora rilevare che, di recente, è intervenuta una significativa modifica della disciplina prevista in tema di verifica dell'anomalia, ad opera del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55. Ciononostante, i principi sottesi all'istituto, dei quali questo contributo intende dare conto, permangono tuttora validi e applicabili alla fattispecie in esame, nonostante le recenti modifiche intervenute.

1. L'individuazione delle offerte anomale e l'avvio della verifica di congruità

Con specifico riferimento alle modalità di individuazione dell'offerta anomala, si può affermare che l'articolo 97 mantiene l'impostazione generale presente anche nella precedente formulazione, in ragione della quale, ai fini della valutazione dell'anomalia, coesistono due distinti modelli:

1. uno, di carattere obbligatorio, che, a seconda del numero delle offerte ammesse e del criterio di aggiudicazione prescelto, impone alla stazione appaltante di valutare la congruità delle offerte che

presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia determinata secondo quanto previsto nell'articolo in esame¹ (cfr. in particolare, i commi 2, *2bis*, 3 e *3bis* dell'art. 97);

2. l'altro, di natura facoltativa, che si configura come espressione delle prerogative tecnico-discrezionali proprie della stazione appaltante e che pertanto è rimesso alle valutazioni in concreto svolte dall'amministrazione (art. 97, comma 6, ultimo periodo).

Con riguardo ai due modelli appena delineati, l'Autorità ha avuto modo di specificare la natura obbligatoria del primo, contrapposta alla connotazione discrezionale del secondo.

Al riguardo, infatti, **nel parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 898 del 17 ottobre 2018**, l'Autorità ha avuto modo di specificare che, in presenza dei requisiti previsti dall'art. 97, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante non possa esimersi dal procedere alla verifica di anomalia dell'offerta.

Il principio da ultimo richiamato, sebbene enunciato con specifico riferimento all'articolo 97, comma 3, nella sua previgente formulazione, può trovare tuttavia applicazione anche nel nuovo assetto, in relazione al quale permane in capo alla stazione appaltante l'obbligo di attivarsi per verificare la congruità di un'offerta che, presuntivamente, si configura come anomala, al ricorrere dei requisiti previsti dall'art. 97, commi 2, *2bis*, 3 e *3bis* nella sua attuale versione.

Quanto appena specificato trova conferma nel recente **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 821 del 18 settembre 2019**, nel quale l'Autorità ha puntualizzato che, in presenza di due concorrenti, la stazione appaltante “*non [è] tenuta ad attivare il procedimento di anomalia dell'offerta (art. 97, co. 3-bis d.lgs. 50/2016: «Il calcolo di cui ai commi 2, 2-bis e 2-ter è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»*)”.

Al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 97 commi 2, *2bis*, 3 e *3bis*, la stazione appaltante dispone di una quanto mai ampia discrezionalità in ordine alla scelta di procedere o meno alla verifica (facoltativa) di congruità dell'offerta, che, peraltro, non necessita di particolari motivazioni (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 442 del 9 maggio 2018**).

Proprio valorizzando la natura discrezionale del giudizio, l'Autorità, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1126 del 5 dicembre 2018**, ha ritenuto insindacabile la decisione della stazione appaltante di non procedere all'avvio di un procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia pur in presenza di un ribasso significativo offerto dall'aggiudicatario, in quanto non “*di portata tale da ritenere censurabile come macroscopicamente irragionevole l'operato della stazione appaltante*”.

1.1. La prima delibera in merito all'individuazione della soglia di anomalia dopo l'entrata in vigore dello sblocca cantieri

Con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 715 del 23 luglio 2019**, l'Autorità ha formulato i primi chiarimenti in ordine alle modalità di calcolo della soglia di anomalia previste dall'art. 97, comma 2, in relazione al quale sono stati evidenziati problemi applicativi connessi, sostanzialmente, alla difficoltà di tradurre in formula algebrica la previsione descrittiva dei passaggi matematici ivi previsti.

¹ Una delle più rilevanti novità introdotte dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55 è rappresentata dalla revisione delle modalità di individuazione della soglia di anomalia. Infatti, se nella previgente formulazione il comma 2 dell'art. 97 prevedeva, al ricorrere di determinate condizioni, cinque distinte e alternative modalità di individuazione della soglia di anomalia, nella versione novellata, l'art. 97 enuclea modalità univoche di individuazione delle soglie di anomalia e differenziate a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto e del numero di offerte ammesse, specificando, per ciascuna di esse, i singoli passaggi ai quali la stazione appaltante deve attenersi per individuare, di volta in volta, la soglia di anomalia.

In proposito, la questione che ha suscitato maggiori perplessità è stata l'interpretazione dal passaggio previsto all'art. 97, comma 2, lett. d), che specifica che “*la soglia calcolata alla lettera c) è decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)*” nella parte in cui non è specificato se il decremento debba, o meno, essere percentuale.

Sul punto, l'Autorità ha specificato che il decremento in questione non deve intendersi come percentuale, chiarendo che la corretta trasposizione in termini matematici del passaggio indicato alla lettera d) dell'art. 97, comma 2, è la seguente:

$$PS - (SM * P / 100)$$

dove: PS è la soglia di cui alla lett. c), calcolata come somma di media aritmetica e scarto medio; SM è lo scarto medio aritmetico di cui alla lett. b); P è il prodotto [di cui alla lettera d)] delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi [di cui alla lett. a)].

2. L'istruttoria nell'ambito della verifica di anomalia

Al fine di verificare la congruità dell'offerta, l'articolo 97, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che la stazione appaltante richieda per iscritto all'operatore economico spiegazioni, fissando all'uopo un termine non inferiore a 15 giorni per la loro presentazione per iscritto.

La previsione si pone in linea tanto con i principi comunitari e, in particolare, con l'art. 96 della Direttiva n. 2014/24, che specifica che “*l'Amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente*”, quanto con l'orientamento espresso della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui, in via tendenziale, nessuna offerta può essere automaticamente esclusa perché sospettata di anomalia².

Prendendo le mosse da questo principio di matrice comunitaria, l'Autorità, in linea anche con la giurisprudenza nazionale, ha censurato la decisione dell'amministrazione di prevedere l'esclusione automatica del concorrente, senza che sia stato instaurato preventivamente con lo stesso alcun contraddittorio (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 504 del 5 giugno 2019**).

Infatti, nell'esecuzione della verifica di anomalia devono essere contemperati i diversi interessi che vengono in rilievo: da un lato, l'interesse dell'amministrazione, che è quello di conseguire la (ragionevole) certezza che l'operatore economico abbia formulato un'offerta basandosi su elementi oggettivi e ben ponderati, tali da assicurare la compatibilità con la futura esecuzione a regola d'arte della prestazione; dall'altro, l'interesse dell'operatore economico, che è, invece, quello di poter divenire il futuro aggiudicatario dell'appalto, sfruttando tutte le particolari situazioni imprenditoriali a lui favorevoli, essendo ammesso, ove occorresse, a giustificare nei confronti della stazione appaltante la serietà della propria offerta (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 620 del 7 giugno 2017**).

Nell'ottica di contemperare i suddetti interessi, e avendo riguardo al principio secondo il quale la stazione appaltante non può prevedere automatismi nell'esclusione dei concorrenti, l'Autorità ha ravvisato in capo all'amministrazione un obbligo di valutare comunque l'offerta presentata sulla base della documentazione agli atti, anche qualora non pervengano i chiarimenti richiesti al concorrente la cui offerta sia sospettata di essere anomala (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 710 del 24 luglio 2018**).

² Si vedano in proposito, *ex multis*, le sentenze della Corte di Giustizia Europea del 27 novembre 2001, relative alle cause C-285/99 e C-286/99, nelle quali viene precisato che la mancata osservanza dei minimi tabellari non è sufficiente *ex se* a determinare un'esclusione *a priori* ed automatica della ditta partecipante ad una gara in quanto, nel rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, è sempre necessario che venga consentito all'operatore economico di fornire le proprie giustificazioni, anche con riferimento al superamento di detti limiti minimi.

Quanto alle modalità con le quali deve essere condotto il contraddittorio tra stazione appaltante e operatore economico, l’Autorità, in linea con l’unanime giurisprudenza, ha più volte specificato che la verifica di congruità dell’offerta si configura come un subprocedimento che, lungi dall’aver una natura sanzionatoria, mira ad appurare l’attendibilità dell’offerta stessa nel suo complesso e non ad indagare singole inesattezze (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n 241 del 5 maggio 2018**).

Si tratta, dunque, di una valutazione di tipo globale e sintetico, e non tesa ad appurare la presenza di singole voci di prezzo eventualmente ritenute incongrue, e prive di effettiva incidenza sull’offerta economia nel suo insieme (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n 1083 del 21 novembre 2018**).

Al di là della previsione normativa che impone la forma scritta per la richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante e per le giustificazioni presentate dall’operatore economico, il subprocedimento di verifica deve essere condotto senza alcun particolare formalismo, attuando una fattiva collaborazione tra amministrazione e offerente, tesa all’effettiva instaurazione di un contraddittorio tra le parti, che consenta, in definitiva, l’apprezzamento dell’adeguatezza e serietà dell’offerta presentata (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 262 del 26 marzo 2019**; si veda, in termini analoghi, anche il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 197 del 13 marzo 2019**).

In questo senso, la fase di verifica di anomalia può svolgersi nella forma ritenuta più opportuna e, ove necessario, anche mediante più passaggi volti a chiarire tutti gli aspetti dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle giustificazioni iniziali.

In applicazione di questo principio, l’Autorità ha respinto le doglianze di un concorrente che si lamentava dell’illegittimità della richiesta avanzata da una stazione appaltante di ottenere, nell’ambito di un subprocedimento di verifica dell’anomalia, un piano dettagliato di lavoro a giustificazione dell’offerta presentata, in quanto non preventivamente previsto nel disciplinare di gara (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1183 del 19 dicembre 2018**).

3. L’oggetto della verifica di anomalia

Passando all’**oggetto** della verifica di anomalia, la stessa deve vertere, oltre che sulla documentazione di gara già agli atti, anche, come anticipato, sulle giustificazioni e sui chiarimenti forniti dall’operatore economico.

Sul punto, l’Autorità ha affermato che, se, con riguardo all’offerta, vige il principio – insuperabile – dell’immodificabilità dell’offerta, con riferimento ai chiarimenti forniti dal concorrente, vige invece quello della *“sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l’ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di 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”* (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 475 del 23 maggio 2018**).

Dunque a fronte della immutabilità dell’offerta, insuscettibile di modifiche una volta presentata, si contrappone la possibile dinamicità delle giustificazioni che l’operatore economico può presentare nel corso del subprocedimento di verifica dell’anomalia.

In ragione di questo principio, l’Autorità, adita da una stazione appaltante che in sede di verifica della congruità dell’offerta si è avveduta della modifica soggettiva del concorrente (società cooperativa divenuta, in seguito alla presentazione dell’offerta, società cooperativa a responsabilità limitata), ha precisato che, in linea teorica, detta modifica non costituisce un ostacolo all’aggiudicazione di un appalto, a condizione che sia accertato il rispetto dei requisiti di partecipazione, posto che, *“in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta,*

spetta alla S.A. valutare la serietà dell'offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, in considerazione delle giustificazioni proposte” (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1180 del 19 dicembre 2018).

Con specifico riguardo all'oggetto della verifica, l'Autorità ha avuto occasione di specificare che la valutazione richiesta alla stazione appaltante con riguardo alla congruità dell'offerta deve essere condotta in modo complessivo, avuto riguardo ai costi del personale, a quelli della sicurezza aziendale, all'incidenza dell'utile di gestione, nonché alle spese generali (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 341 del 5 aprile 2018**).

3.1. Le prestazioni rese a titolo gratuito

Una questione che l'Autorità si è trovata spesso ad affrontare, in tema di verifica di congruità dell'offerta, è rappresentata dalle prestazioni rese a titolo gratuito.

La circostanza secondo la quale una o più prestazioni vengano svolte gratuitamente non può che avere un'incidenza, talvolta anche molto rilevante, sulla formulazione dell'offerta economica e, di conseguenza, anche sulla concorrenza: è verosimile che, ove alcune prestazioni funzionali all'appalto siano rese a titolo gratuito, l'offerta economica sia inferiore rispetto a quelle formulate da altri operatori economici che rendono quelle stesse prestazioni a titolo oneroso.

Al riguardo, occorre tuttavia evidenziare come l'articolo 2229 del codice civile, in tema di contratto di prestazione d'opera, non precluda la possibilità di concludere accordi aventi ad oggetto prestazioni gratuite, né tantomeno postuli presunzioni di onerosità delle prestazioni dedotte in contratto.

Proprio prendendo le mosse dalle considerazioni appena svolte, l'Autorità ha confermato, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 620 del 7 giugno 2017**, la legittimità dell'operato di un'amministrazione, che, non ritenendo anomala l'offerta presentata da un concorrente per il sol fatto che nella stessa fossero presenti voci relative a prestazioni rese a titolo gratuito (nello specifico, consulenza di ausilio alla progettazione), ha svolto una verifica di congruità sull'offerta con esito positivo, in ragione dei chiarimenti forniti dall'operatore economico.

L'orientamento appena descritto, è stato confermato nel successivo **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 341 del 5 aprile 2018**, nel quale l'Autorità ha censurato la condotta della stazione appaltante che ha ritenuto congrua un'offerta nella quale veniva completamente pretermesso qualsiasi riferimento alle prestazioni professionali rese dal responsabile tecnico, alla luce delle giustificazioni addotte in sede di verifica di anomalia circa la pretesa gratuità delle stesse, siccome rese dell'amministratore unico e responsabile tecnico dell'impresa in possesso di abilitazione alla professione e con comprovata esperienza.

Nello specifico, infatti, l'Autorità ha chiarito che *“le giustificazioni relative alla “prestazione professionale Responsabile tecnico [...] secondo cui tale prestazione sarebbe svolta gratuitamente dal responsabile dell'impresa, lasciano margini di dubbio circa la possibilità di omettere completamente la corrispondente voce e avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante a chiedere ulteriori chiarimenti in relazione alla sussistenza di altri eventuali oneri connessi alla prestazione de qua (ad esempio oneri previdenziali e assicurativi, ciò al fine di valutare se in concreto l'offerta fosse attendibile e affi dabile nel suo complesso)” (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 341 del 5 aprile 2018).*

3.2. I costi del lavoro

Una diversa questione che l'Autorità si è trovata ad affrontare è quella della congruità dell'offerta in relazione all'indicazione di un costo del lavoro che sia inferiore a quello indicato nelle Tabella del Ministero del lavoro e delle politiche sociali previste dall'art. 23, comma 16 del d.lgs. n. 50/2016.

Al riguardo, l'Autorità, avallando un orientamento giurisprudenziale consolidato, ha avuto modo di specificare che le tabelle ministeriali in questione - lungi dal definire il trattamento salariale minimo, in relazione al quale opera la previsione di inderogabilità disposta dall'art. 97, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 - stabiliscono semplicemente un costo medio orario del lavoro che funge da mero parametro di valutazione di congruità dell'offerta.

Da tanto discende, dunque, che non è precluso in radice all'operatore economico di discostarsi dalle risultanze delle tabelle ministeriali, né tantomeno deve ritenersi di per sé anomala l'offerta che presenti un costo del lavoro inferiore a quello stabilito nelle tabelle in questione.

Uno scostamento dei costi della manodopera dalle voci indicate nelle tabelle ministeriali *de quibus* potrebbe infatti trovare giustificazione nelle peculiari situazioni aziendali e territoriali o nella capacità organizzativa delle singole imprese, che possano avere incidenza anche sul costo del lavoro.

In proposito, l'Autorità ha avuto modo di specificare che, pur nel rispetto delle retribuzioni dei lavoratori stabilite in sede di contrattazione collettiva, *“l'offerta possa discostarsi dai dati numerici delle tabelle ministeriali purché il divario non sia eccessivo”* (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 943 del 13 settembre 2017**).

In un diverso caso, l'Autorità è stata chiamata a valutare la legittimità e correttezza dell'operato di una stazione appaltante che, nell'indizione di una procedura ad evidenza pubblica, aveva predeterminato nella documentazione di gara il costo della manodopera.

Al riguardo, l'Autorità ha anzitutto censurato la decisione della stazione appaltante di predeterminare il costo della manodopera quale importo certo, invariabile e non ribassabile, in quanto, per un verso, la configurazione di detto costo non è conforme al quadro normativo vigente (in relazione al quale, come peraltro detto in precedenza, è possibile addirittura discostarsi rispetto a quanto autorevolmente previsto nelle tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ferma restando la salvezza delle retribuzioni minime previste dalla contrattazione collettiva); per l'altro, una siffatta predeterminazione compiuta a monte dalla stazione appaltante, determinerebbe significativi effetti distorsivi sul mercato, ponendosi in contrasto, peraltro, con il principio di libera concorrenza, nella misura in cui non tiene in alcun conto la capacità organizzativa delle singole imprese, in virtù della quale non è preclusa la possibilità di una (legittima) previsione del costo della manodopera inferiore a quanto preventivato dalla stazione appaltante.

Sotto diverso profilo, l'Autorità ha contestato la presunzione operata dall'amministrazione secondo la quale i concorrenti che, nella propria offerta, non avessero indicato alcun costo del lavoro avrebbero inteso far proprie le stime compiute dalla stazione appaltante.

Al riguardo, l'Autorità ha puntualizzato che la mancata indicazione del costo del lavoro *“avrebbe dovuto comunque essere oggetto di conferma mediante una richiesta di chiarimento procedimentale”* (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1182 del 19 dicembre 2018**).

Infine, in un altro caso, definito con il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 610 del 27 giugno 2018**, l'Autorità ha censurato la decisione della stazione appaltante di predeterminare nella documentazione di gara una percentuale massima di ribasso con l'intento di assicurare che il prezzo offerto dai concorrenti fosse idoneo a sostenere il costo del lavoro.

Secondo l'Autorità, una decisione come quella assunta dall'amministrazione, lungi dal perseguire l'intento prefissato, si tradurrebbe in un annullamento della concorrenza sull'elemento prezzo, rendendo di fatto qualsiasi valutazione sulla congruità dell'offerta un semplice (ed inutile) formalismo destinato a concludersi, sul punto, con esito positivo.

4. La tardività delle giustificazioni

Come detto, l'art. 97, comma 5, prevede che la stazione appaltante conceda all'operatore economico un termine non inferiore a quindici giorni per produrre le proprie giustificazioni dalle quali sia evincibile la sostenibilità e l'adeguatezza dell'offerta.

Come chiarito in precedenza, la stazione appaltante non può escludere l'offerta sospettata di anomalia per il solo fatto che l'operatore economico interessato non abbia presentato i propri chiarimenti, incombendo sulla stessa l'onere di verificare l'offerta sulla base della documentazione agli atti (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 710 del 24 luglio 2018**).

Tanto premesso, occorre interrogarsi sulla sorte delle giustificazioni che pervengano all'amministrazione una volta scaduto il termine dalla stessa fissato.

In questa eventualità, diviene necessario contemperare due distinti e contrapposti interessi: per un verso, la tutela del contraddittorio tra le parti, valorizzando il quale le produzioni dell'operatore economico dovrebbero essere comunque prese in considerazione dall'amministrazione indipendentemente dal ritardo nel loro invio; per l'altro, l'esigenza di assicurare celerità ed efficienza dell'azione amministrativa, che, al contrario, condurrebbe a ritenere inammissibili i chiarimenti tardivamente proposti.

Della questione si è occupata, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 710 del 24 luglio 2018**, l'Autorità che – richiamando un condiviso orientamento giurisprudenziale – ha chiarito che l'invio tardivo delle giustificazioni debba essere apprezzato in relazione alla prima riunione fissata dalla Commissione o dal seggio di gara successivamente allo scadere del termine indicato per la presentazione delle giustificazioni.

In questo senso, si possono verificare due ipotesi: nel caso in cui le giustificazioni pervengano oltre il termine fissato dalla stazione appaltante, ma prima della riunione della commissione o del seggio, l'amministrazione sarebbe tenuta a prendere in considerazione le giustificazioni proposte, in quanto, in siffatta ipotesi, la violazione del suddetto termine non determinerebbe alcuna conseguenza sul regolare svolgimento del subprocedimento di verifica dell'anomalia. In questo caso, infatti, la tardiva produzione dei chiarimenti non frustrerebbe l'esigenza di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Per contro, nel caso in cui le giustificazioni pervengano successivamente al momento in cui la Commissione o il seggio di gara si siano riuniti, appare legittima la decisione della stazione appaltante di effettuare la verifica in questione sulla base della sola documentazione già in suo possesso al momento della riunione. Infatti, ove le giustificazioni giungessero in un momento successivo alla seduta della Commissione di gara, la valutazione dei chiarimenti tardivi imporrebbe una nuova riunione, con conseguente dilatazione dei tempi della procedura di gara.

5. L'esito del giudizio di anomalia e l'obbligo di motivazione

Esaurito il contraddittorio tra la stazione appaltante e i concorrenti, la conclusione del subprocedimento di valutazione può essere, alternativamente:

- positiva, per cui, appurata la congruità dell'offerta, la stessa verrà valutata alla stregua delle altre ammesse;
- negativa, per cui, verificata l'anomalia dell'offerta, si procederà all'esclusione del concorrente che ha presentato l'offerta anomala.

In proposito, l'Autorità ha ritenuto legittima l'esclusione operata da una stazione appaltante di un concorrente che, nel corso della procedura di anomalia, non aveva presentato adeguate giustificazioni in

ordine ad alcuni specifici aspetti (quali, tra l'altro, la mancata indicazione dell'incidenza delle spese generali e dell'utile di impresa nei prezzi dei noli a freddo delle attrezzature) non esplicitati nell'offerta (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 262 del 26 marzo 2019**).

Parimenti, in un diverso caso affrontato dall'Autorità, è stato ritenuto insindacabile l'operato della stazione appaltante che ha disposto l'esclusione di un concorrente all'esito di un contraddittorio orale e scritto - di cui si era dato altresì conto nei verbali di gara - teso a verificare l'attendibilità, ritenuta, nel caso di specie, insussistente, dell'offerta oggetto del giudizio di anomalia (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 529 del 17 maggio 2017**).

Sotto diverso profilo, occorre osservare che, ai fini del corretto espletamento del procedimento di valutazione, assume un ruolo di primaria rilevanza la motivazione, che, così come avviene per ogni altro procedimento amministrativo, deve essere esaustivamente presente al fine di consentire la comprensione - e l'eventuale successivo sindacato - delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare quella determinata decisione.

Secondo un orientamento giurisprudenziale condiviso dall'Autorità, appare necessario che l'*iter* logico seguito dalla stazione appaltante nel compiere il giudizio di congruità sia espresso e consenta di comprendere le ragioni per le quali la stessa ha ritenuto di condividere i chiarimenti forniti dall'operatore economico.

In questo senso, appare necessaria la specifica individuazione, seppur sommaria, o anche il rinvio alle giustificazioni a supporto dell'offerta degli aspetti che hanno indotto la stazione appaltante a ritenere plausibili e fondate le giustificazioni addotte (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1083 del 21 novembre 2018**).

Detto principio è stato di recente confermato dall'Autorità che, richiamando un orientamento consolidato dalla giurisprudenza, ha specificato che *“il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta - a differenza di quello negativo - non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, a condizione che queste ultime siano congrue ed adeguate”* (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 770 del 4 settembre 2019**).

6. L'esclusione automatica di cui all'art. 97, comma 8

Accanto all'ipotesi di esclusione del concorrente la cui offerta risulti, in seguito al giudizio di congruità, anomala, l'art. 97, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, al ricorrere di condizioni tipizzate, un'ipotesi di esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore a quello individuato secondo quanto previsto dall'art. 97.

Occorre subito rilevare che il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, ha apportato significative modifiche alla fattispecie in esame.

Infatti, se nella sua previgente versione, quella dell'esclusione automatica risultava una facoltà rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, il cui ricorso doveva trovare adeguata pubblicità nel bando di gara, in ragione delle potenziali limitazioni del confronto competitivo e delle eventuali ripercussioni sulla *par condicio participationis* che un'esclusione automatica avrebbe potuto determinare (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1089 del 25 ottobre 2017**), la nuova formulazione specifica che *“la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter”*.

Sul punto, si deve precisare che, a fronte di questa previsione di carattere prescrittivo, il comma 8 circoscrive l'operatività dell'esclusione automatica al ricorrere di alcune condizioni connesse al criterio di aggiudicazione prescelto (che ai fini dell'operatività della previsione in esame deve essere quello del prezzo più basso), all'importo della gara (che deve essere inferiore alle soglie di cui all'art. 35), alle caratteristiche dell'appalto (che non deve presentare carattere transfrontaliero), ed, infine, al numero delle offerte ammesse (che non deve essere inferiore a dieci).

Con specifico riferimento all'aspetto concernente la pubblicità del ricorso all'esclusione automatica in procedure che non prevedono la preventiva pubblicazione di un bando, si ritiene di poter mutuare le conclusioni alle quali, in passato, era giunta l'Autorità, secondo la quale, in assenza di un bando, la previsione dell'esclusione automatica delle offerte può essere inserita nell'avviso di manifestazione di interesse (come avvenuto nel già citato **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1089 del 25 ottobre 2017**) ovvero nella lettera d'invito (come chiarito nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 599 del 31 dicembre 2017**, nel quale, pur in assenza di una struttura lessicale inequivoca della clausola di impiego del meccanismo in parola, l'Autorità ha ritenuto legittimo il ricorso all'istituto in questione in quanto l'indicazione di utilizzo dello stesso era confermata nella disciplina di gara e nelle successive operazioni poste in essere dalla stazione appaltante).

7. La sindacabilità del giudizio

Come specificato, il giudizio di anomalia si configura come un subprocedimento - in talune ipotesi, obbligatorio e, in altre, facoltativo - che, in seguito all'insaturazione di un contraddittorio tra stazione appaltante e offerente, conduce ad un provvedimento motivato con il quale, a seconda delle circostanze, la stazione appaltante può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato un'offerta anomala.

Una questione di particolare rilevanza, anche in ragione delle conseguenze concrete ad essa connesse, appare la sindacabilità delle valutazioni svolte dalla stazione appaltante in occasione della verifica di congruità, la cui revisione potrebbe portare ad escludere un'offerta ritenuta congrua dalla stazione appaltante, ovvero, viceversa, far ritenere ammissibile un'offerta esclusa in quanto ritenuta anomala.

In proposito, l'Autorità, facendo proprio un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha avuto in più occasioni modo di precisare che il sindacato sull'operato della stazione appaltante in punto di verifica di anomalia è consentito solo in presenza di macroscopiche illogicità o omissioni ovvero di evidenti errori di fatto, e *“non può in alcun modo tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'Amministrazione”* (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1184 del 19 dicembre 2018**).

Dunque, qualora l'*iter* logico svolto dalla stazione appaltante appaia adeguato e non presenti macroscopiche irragionevolezza od omissioni o evidenti errori di fatto, il sindacato da parte dell'Autorità (così come lo sarebbe quello dell'organo giurisdizionale) appare del tutto precluso (in questo senso, si veda, *ex multis*, il **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 529 del 17 maggio 2017**).

In attuazione del principio appena enucleato, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 342 del 5 aprile 2018**, l'Autorità ha ritenuto insuscettibili di revisione le valutazioni compiute dalla stazione appaltante secondo la quale un'offerta sarebbe risultata adeguata, in quanto, in sede di verifica di anomalia, è stata accertata la congruità tra il costo dei tecnici impiegati e il numero di ore preventivate.

Analogamente, nel **parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 750 del 5 settembre 2018**, l'Autorità ha ribadito l'impossibilità di sindacare la condotta di una stazione appaltante che, nel corso del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, aveva svolto un giudizio complessivo tenendo in

considerazione tanto gli elementi – positivi e negativi – a fondamento dell’offerta, quanto le indagini condotte dal RUP e della Commissione giudicatrice sui chiarimenti forniti dall’operatore economico, giungendo a ritenere nel complesso l’offerta seria e attendibile.

Per contro, l’Autorità ha ritenuto viziato un subprocedimento di verifica di anomalia laddove la stazione appaltante ha apprezzato positivamente un’offerta che risultava carente della specifica indicazione di talune voci (quali quelle della quotazione delle spese generali e del costo del responsabile tecnico), senza aver compiuto in proposito un’adeguata e seria verifica. A parere dell’Autorità, che ha dichiarato viziato per difetto d’istruttoria la verifica di anomalia, *“la stazione appaltante non pare avere svolto un giudizio tecnico serio e argomentato avendo omesso un doveroso approfondimento istruttorio in relazione alle voci delle spese generali e della prestazione professionale Responsabile Tecnico”* (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 341 del 5 aprile 2018**).

In un caso differente, l’Autorità ha censurato le argomentazioni che la stazione appaltante ha posto alla base del positivo giudizio di congruità dell’offerta, in quando fondate non già su giustificazioni formulate dal concorrente, bensì su presunzioni assunte dalla stazione appaltante stessa (**parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1083 del 21 novembre 2018**).

Nello specifico, infatti, la stazione appaltante ha ritenuto ammissibili quattro verifiche di manutenzione, a fronte delle sei richieste nel capitolato di gara, *“in quanto le restanti due sono state “presumibilmente” ricondotte dall’operatore economico, e come tali considerate dalla stazione appaltante, coincidenti con le verifiche semestrali. Infatti le giustificazioni dell’impresa aggiudicataria considerano un tempo maggiore per la verifica semestrale che può “verosimilmente” comprendere la visita bimestrale”*.

Sulla base di quanto sostenuto dalla stazione appaltante, l’Autorità ha rilevato l’opportunità che il convincimento della stazione appaltante dovesse raggiungere un maggiore grado di certezza, soprattutto, come nel caso analizzato, in cui si verteva su adempimenti individuati preventivamente in modo dettagliato nel capitolato e pertanto suscettibili di essere apprezzati con un elevato livello di precisione.

Elenco parere di precontenzioso citati divisi per anno

2017

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 529 del 17 maggio 2017

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 620 del 7 giugno 2017

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 943 del 13 settembre 2017

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1089 del 25 ottobre 2017

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 599 del 31 dicembre 2017

2018

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 341 del 5 aprile 2018

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 342 del 5 aprile 2018

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 442 del 9 maggio 2018

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 475 del 23 maggio 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 610 del 27 giugno 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 710 del 24 luglio 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 750 del 5 settembre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 898 del 17 ottobre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1083 del 21 novembre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1126 del 5 dicembre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1180 del 19 dicembre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1182 del 19 dicembre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1183 del 19 dicembre 2018
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1184 del 19 dicembre 2018
2019

parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 197 del 13 marzo 2019
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 262 del 26 marzo 2019
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 504 del 5 giugno 2019
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 715 del 23 luglio 2019
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 770 del 4 settembre 2019
parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 821 del 18 settembre 2019

ottobre 2019

Autorità Nazionale Anticorruzione

www.anticorruzione.it