

Il mistero della quarta busta: effetti del correttivo 2009 sulla disciplina delle offerte anomale nel codice dei contratti pubblici. questioni aperte di diritto transitorio

Autore: Lo Gerfo Francesco

In: Diritto amministrativo

Il caso:

Il D.L. 78/09, convertito il L. 102/09, art. 4-quater, ha abrogato il comma 5 dell'art. 86 D.Lgs. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici), che prevedeva che le imprese concorrenti dovessero presentare giustificazioni per offerta anomala già nella fase iniziale di presentazione dell'offerta (ossia nella fase in cui ancora nemmeno si conosce la soglia di anomalia, determinata in base alle medie delle offerte pervenute).

Sulla base di tale comma 5 (oggi abrogato, ma applicabile *ratione temporis* per i bandi emessi nel periodo di vigenza), numerose Pubbliche Amministrazioni, nel periodo 2006 - 2009, in occasione di pubblici incanti per la fornitura di beni o servizi, richiedevano nel bando che l'offerta pervenisse in un'unica busta sigillata, contenente, a pena di inammissibilità dell'offerta, ulteriori n. 4 buste sigillate: busta n. 1 (documentazione amministrativa), busta n. 2 (documentazione tecnica), busta n. 3 (offerta economica) e **busta n. 4 (giustificazioni per eventuale offerta anomala).**

Cosa accade, tuttavia, ove tale eventualità non si verifichi? Come fare a sapere in anticipo se l'offerta presentata è anomala? E' legittima l'esclusione dalla gara unicamente per la mancata presentazione della busta n. 4?

Il presente lavoro intende fornire alcune riflessioni sul tema, tentando di dare una risposta a queste domande, ancora attuali per le numerose questioni aperte di diritto transitorio.

Il D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm. (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) ha ridisciplinato l'intera materia dei contratti pubblici, ivi inclusa la disciplina delle c.d. "offerte anomale", unificando tutta la previgente variegata normativa e sancendo l'abrogazione di altre norme.

Nella Regione Sicilia detto codice si applica, con riferimento alle forniture di beni (che è ciò che interessa nel caso di specie), nella sua interezza e senza il "filtro" preliminare di un'apposita normativa regionale; ciò in virtù del "rinvio dinamico" alla normativa statale, già operato (salvo diversa e specifica regolamentazione regionale) dalla L. R. n. 7/02, e successivamente ribadito dalla Circ. Ass. 18 settembre 2006¹, anche perché trattasi di normativa recettizia di direttive europee.

Il nuovo "Codice degli Appalti" contiene una puntuale disciplina per la verifica delle "offerte anomale" (artt. 87 - 89) e prevede, altresì, precisi criteri di individuazione delle offerte "anormalmente basse", sulla base di medie aritmetiche minuziosamente disciplinate (art. 86)².

L'offerta anomala, in sostanza, è quell'offerta che, pur soddisfacendo l'esigenza formale di aggiudicare l'appalto al prezzo più basso possibile, tuttavia, proprio a causa dell'eccessivo ribasso non è in grado di assicurare da parte del soggetto aggiudicatario il corretto ed integrale soddisfacimento delle prestazioni contrattuali nei tempi e nei modi prefissati, con conseguenti danni all'interesse pubblico alla migliore (qualitativamente) e più celere esecuzione dell'appalto.

Unanime la Giurisprudenza nel precludere all'Amministrazione ogni potere discrezionale di apprezzare e valutare o presumere come anomale offerte diverse da quelle indicate dalla legge (Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. giurisdiz., 12/04/2007, n.255).

In effetti, il comma 5 (abrogato dal d.l. 1 luglio 2009, n.78 convertito con modificazioni con l. 3 agosto 2009, n. 102) dell'art. 86 D.Lgs. 163/06 prevedeva che "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 modalita' di presentazione delle giustificazioni".

In altri termini l'abrogato comma 5, art. 86 cit., rendeva obbligatorio il criterio di calcolo basato sulle medie aritmetiche e la richiesta presentazione delle "giustificazioni" (busta n. 4) a corredo delle offerte.

Ciò poneva per gli operatori una serie di paradossali problemi, che solo il provvidenziale intervento del Legislatore del 2009 è riuscito a risolvere.

Innanzitutto i tempi di presentazione delle offerte spesso sono troppo ristretti per poter produrre delle giustificazioni già a corredo dell'offerta.

In secondo luogo, poi, la determinazione della soglia di anomalia, in quanto basata su calcoli delle medie delle offerte pervenute (art. 86, comma 1), non potrebbe mai essere conosciuta, né prevedibile, da parte degli offerenti nella fase di presentazione delle rispettive offerte.

Le imprese infatti non possono sapere in anticipo se l'offerta da loro presentata sarà o meno ritenuta anomala e dunque oggetto di verifica ex art. 87, esse infatti non sono ovviamente a conoscenza degli elementi che saranno ritenuti sospetti dalla stazione appaltante, né conoscono le offerte presentate dalle

altre ditte concorrenti.

In questa situazione di dubbio, le imprese concorrenti, per tutelarsi e non essere escluse, avevano ingegnato una serie di arditi espedienti: alcuni solevano presentare giustificazioni in buste vuote (tanto per giustificare la presenza di una busta n. 4...vuota), mentre altri una quantità esagerata di giustificazioni "alla cieca" a corredo delle proprie offerte, letteralmente "tirando ad indovinare" la soglia di anomalia.

In ogni caso, dovere dell'Amministrazione appaltante è quello di controllare solamente quelle giustificazioni relative alle offerte effettivamente sospette di anomalia, individuate ex post a seguito del complesso calcolo della soglia di anomalia sulla base delle medie aritmetiche delle offerte presentate, e ricercare in esse - e solo tra esse - quegli elementi ritenuti necessari ai fini della verifica della congruità dell'offerta, con relativa attivazione del sub-procedimento di verifica in contraddittorio (che costituisce una species del più ampio genus della partecipazione al procedimento di cui alla L. 241/90, art. 7).

La previsione di una apposita "busta n. 4" per giustificare un'offerta in una fase, ex ante, di presentazione della stessa, quando ancora non si conosce l'esatta soglia di anomalia, era un'operazione praticamente impossibile da compiere e sostanzialmente vana, posto che in tale fase alcuna giustificazione potrebbe essere congruamente redatta, dato che non si conosce ancora la soglia di anomalia (ed il fatto che il legislatore ritenesse che si possano prevedere le altre offerte che determinano la soglia di anomalia è un tipo di esegesi quantomeno inquietante).

In altri termini, imporre le giustificazioni a corredo dell'offerta, ossia in una fase così prodromica, significava chiedere una risposta ad una domanda che non era stata (ancora) posta, in ciò concretandosi anche eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità dell'agire amministrativo, con esiti verosimilmente favorevoli in un eventuale contenzioso.

L'anomalia appena descritta è stata opportunamente rimossa col terzo correttivo al Codice dei Contratti Pubblici, d.l. 1 luglio 2009, n.78 convertito con modificazioni con l. 3 agosto 2009, n. 102, art. 4-quater, il quale, molto opportunamente, abroga il comma 5 dell'art. 86 che prevedeva la presentazione di giustificazioni per offerta anomala già nella fase dell'offerta iniziale (la famosa "quarta busta").

Il Legislatore del 2009, peraltro, non si limita ad una mera abrogazione, ma riscrive intere parti della disciplina delle offerte anomale (artt. 87 - 88).

Per quanto di interesse nella presente trattazione: si rafforzano i poteri istruttori della P.A. nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta (da effettuarsi comunque sempre e solo ex post, sulla base della media delle offerte pervenute), si conferma il diritto dell'impresa ad essere sentita in contraddittorio prima dell'esclusione (art. 87, comma 1) e si disciplina minuziosamente il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse (art. 88), con facoltà per l'impresa concorrente di presentare giustificazioni, e precisazioni sulla desunta anomalia dell'offerta presentata.

La stazione appaltante, dopo il correttivo del 2009, deve quindi limitarsi a richiedere le giustificazioni ex post, ossia solo a quelle imprese le cui offerte siano risultate realmente anomale in base al calcolo di cui alla Legge Merloni-ter (oggi trasfusa nel D.Lgs. 163/06, art. 86, co.1) e con riferimento esclusivamente agli elementi che diano adito a perplessità e con riferimento a criteri matematicamente obiettivi.

Il correttivo del 2009 (abrogazione del comma 5 dell'art. 86), ancorché giusto ed opportuno, è tuttavia tardivo: nei tre anni (2006 - 2009) di vigenza dell'obbligo di fornire giustificazioni per offerta anomala già nella fase iniziale di presentazione dell'offerta, sono stati centinaia di bandi pubblicati dalle più diverse P.A. contenenti l'improvvida richiesta di inserire, a corredo dell'offerta, la fantomatica "quarta busta" contenente giustificazioni "ex ante" per offerta anomala (per l'esattezza, il comma 5 in questione è stato in vigore dal 01/07/2006 al 05/08/2009, è preso in considerazione nei bandi per pubblici incanti relativi a tale periodo ed ha generato, da solo, un contenzioso elefantiaco e proporzionale alle esclusioni di ditte concorrenti che non avevano presentato la "quarta busta").

Resta da fornire quindi la risposta all'ultimo quesito, di diritto transitorio ma di rilevante portata pratica, anche alla luce del principio *tempus regit actum*³: l'omessa presentazione nella fase iniziale, insieme all'offerta, della "busta n. 4" inerente "giustificazioni per eventuale offerta anomala" è di per se un valido motivo di esclusione?

Tale esclusione, evidentemente, si baserebbe sostanzialmente sul mero dato formale della mancata presentazione della busta n. 4 (giustificazioni per eventuale offerta anomala) richiesta dal bando (ai sensi del comma 5, art. 86, D.Lgs. 163/06, applicabile *ratione temporis* per i bandi pubblicati nel periodo di vigenza della norma oggi abrogata).

Sul punto appare incongrua la terminologia che veniva usata dal legislatore nel comma 5 dell'art. 86 (abrogato dal d.l. 1 luglio 2009, n.78 convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, art. 4-quater); prevedendo infatti che la giustificazione debba essere fornita "fin dalla presentazione dell'offerta" pare infatti fornire un appiglio normativo alla previsione dell'immediata esclusione per mancata presentazione della busta n. 4. Ciò tuttavia avviene in quanto non si tiene adeguatamente in conto tutto il contesto normativo di riferimento e, in particolare, la questione fondamentale della mancata conoscenza, al momento della presentazione, della soglia di anomalia (che viene determinata sulla base della media aritmetica di tutte le offerte ammesse...) e delle necessità del previo contraddittorio prima di poter procedere all'esclusione.

Seguendo questo ragionamento, dovrebbe ammettersi la tesi che l'offerente non sarebbe stato escluso dalla gara laddove avesse presentato, all'interno del plico richiesto, una "busta n. 4" vuota o contenente "giustificazioni" sostanzialmente inventate o fittizie: siffatta soluzione appare assolutamente inverosimile ed in contrasto coi principi generali del procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché dello stesso Codice degli appalti di cui al D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, in particolare efficienza, economicità, non aggravamento, tempestività e correttezza, nonché in violazione del principio comunitario di concorrenza per cui è onere della P.A. favorire la più ampia partecipazione delle imprese.

In altre parole, ad applicare pedissequamente la clausola del bando sulla necessaria presentazione della

busta n. 4, si verifica che, nella fase prodromica (“...sin dalla presentazione...”), vi sarebbe l’esclusione di tutti coloro che, ritenendo (legittimamente) di presentare un’offerta non anomala, non hanno potuto fornire giustificazioni.

Altresì, una esclusione basata solo sulla mancata presentazione della busta n. 4, oltre che sintomatica di eccesso di potere, si pone in contrasto col disposto dell’ultimo comma dell’art. 86 (oggi trasfuso nell’art. 87, comma 1): “all’esclusione potrà provvedersi solo all’esito dell’ulteriore verifica, in contraddittorio”.

Doverosamente, quindi, le P.A. appaltanti dovrebbero prevedere, in ogni caso, ulteriori verifiche, in contraddittorio, per le offerte sospette di anomalia e/o per quegli offerenti che non hanno presentato tali giustificazioni (in “busta n. 4”) “fin dalla presentazione dell’offerta”, come peraltro oggi ulteriormente ribadito dalla novella del 2009 e puntualmente disciplinato in ordine a tempi e modalità di partecipazione del concorrente in contraddittorio con la stazione appaltante per fornire giustificazioni e precisazioni sulla (presunta) anomalia dell’offerta presentata.

In conclusione, sulla base di consolidati principi legislativi (meglio dedotti nelle ultime modifiche legislative - v. art 88 - ma comunque già presenti fin dall’entrata in vigore del D.Lgs. 163/06), ogni esclusione senza una previa verifica in contraddittorio con la P.A. è da ritenersi illegittima e, pertanto, non è ammissibile un’esclusione basata esclusivamente sull’omessa presentazione di giustificazioni ex ante, né con tale unica motivazione sostanziale, pur nel rispetto della partecipazione procedimentale del concorrente.

Francesco Lo Gerfo

1 In <http://www.gurs.regione.sicilia.it/Gazzette/g06-45/g06-45-p3.html>.

2 Prima dell'entrata in vigore del Codice degli Appalti, vigente l'art. 25 del D.Lgs. 157/95, il criterio per l'individuazione delle offerte anomale era invece quello per cui venivano presunte tali (juris tantum, ossia con facoltà di fornire giustificazioni e dare prova contraria) "tutte le offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di **un quinto** la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento".

Il "nuovo" art. 86, co.1, D.Lgs. 163/06, invece prevede che "nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano 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 dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media".

3 "Le disposizioni di cui al comma 1, lettere da a) a f), si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonche', in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte" (art. 4-quater, comma 2, D.L. 78/09, conv. L. 102/09).

<https://www.diritto.it/il-mistero-della-quarta-busta-effetti-del-correttivo-2009-sulla-disciplina-delle-offerte-anomale-nel-codice-dei-contratti-pubblici-questioni-aperte-di-diritto-transitorio/>