

Sul calcolo dell'offerta anomala e l'esclusione automatica

La Relazione illustrativa al Codice, con riferimento all'**art. 110** che disciplina le offerte anormalmente basse nelle procedure sopra soglia, chiarisce: " *L'art. 110 contiene la normativa in tema di offerte anormalmente basse, introducendo una consistente modifica rispetto alle previsioni contenute nel decreto legislativo n. 50 del 2016 al fine di semplificare la relativa disciplina, responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione, tenere in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete. Al tempo stesso, anche in considerazione della differente qualificazione richiesta per lo svolgimento di procedure relative a contratti di importo superiore e inferiore alle soglie europee, si è optato per una disciplina differenziata tra i due sistemi. Sono pertanto eliminate dall'articolo le disposizioni dedicate alle procedure sotto-soglia (n.d.r. che sono disciplinate dall'art. 54). Nell'ambito delle consultazioni svolte e a seguito di un esame comparatistico e di analisi economica, con riferimento al sopra-soglia – in cui l'accertamento dell'anomalia avviene sempre e comunque in contraddittorio con l'operatore – è emersa l'opzione di rimettere alla discrezionalità della stazione appaltante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile) l'individuazione delle offerte che prima facie appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata (eliminando dunque le soglie fissate ex lege). La scelta appare coerente con la ratio di restituire alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, conferendo pertanto alla stessa il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'art. 1, della fiducia di cui all'art. 2 e di buona fede e affidamento di cui all'art. 5. Il regime di qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure sopra soglia, appare d'altro canto un sistema in grado di rendere le stazioni appaltanti in grado di gestire in modo adeguato e completo le soglie di anomalia e predeterminare, adattandoli al caso concreto, i criteri e i parametri della relativa valutazione, compatibilmente con le previsioni di legge. Giova d'altro canto rilevare, in una prospettiva comparatistica (anche alla luce dei risultati di uno specifico sondaggio condotto in ambito Eurosystem Procurement Coordination Office), che diversi Stati membri si sono limitati a riprendere testualmente l'art. 69 della direttiva (Svezia, Germania, Irlanda; tale discorso vale anche per la BCE), non introducendo pertanto soglie, ex ante, identificative delle offerte anomale e oggetto di obbligatoria verifica di anomalia. La Danimarca,*

pur specificando l'art. 69 della direttiva, non ha comunque previsto alcuna soglia, mentre l'Austria ha previsto soglie "elastiche" definite su base giurisprudenziale, raccomandando, sia nelle gare al minor prezzo sia in quelle con l'OEPV, di confrontare il prezzo più basso offerto con l'importo complessivo stimato dell'appalto nonché con il valore medio dei prezzi offerti dai concorrenti più "vicini". La scelta appare d'altro canto coerente con il divieto di gold plating.

Al comma 1, si prevede che le stazioni appaltanti valutano, sulla base di un giudizio tecnico, la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della migliore offerta che, in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa. Si specifica, poi, che la stazione appaltante sia tenuta, nel bando o nell'avviso con cui si indice una gara, a indicare, compatibilmente con le disposizioni del codice, gli elementi specifici in base ai quali svolgere il giudizio sulla base del quale sottoporre a valutazione di anomalia una data offerta. Pertanto, il legislatore non ha predeterminato una soglia di valutazione ex ante di anomalia, ma ha rimesso la relativa indicazione alle stazioni appaltanti, le quali nella loro discrezionalità potranno pertanto utilizzare, nei limiti in cui siano compatibili con le altre disposizioni dell'articolo e del codice, i criteri previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 ovvero i criteri e i parametri previsti all'allegato II.12 bis (n.d.r. c'è un errore materiale: l'allegato è il II.2), ovvero ancora i diversi e nuovi criteri o parametri individuati dalle stesse stazioni appaltanti. Qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo. Pertanto, qualora la stazione appaltante decida di utilizzare i criteri previsti dall'Allegato per le procedure di soglia inferiore a quella europea dovrà comunque rispettare il procedimento previsto nell'art. 110, senza poter procedere ad alcuna esclusione automatica degli operatori economici."

A mio avviso, pertanto, tra i criteri possibili di individuazione delle offerte anormalmente basse nelle procedure sopra soglia le stazioni appaltanti potranno utilizzare uno dei metodi di calcolo della soglia di anomalia di cui all'allegato II.2 purché lo specifichino nel bando di gara e rispettino il procedimento delineato dall'art. 110, ossia richiedano i giustificativi e poi effettuino le valutazioni alla stregua di quanto previsto dal comma 5 dell'art. 110, senza alcun automatismo.

Al momento non ho trovato sentenze, ma solo commenti di dottrina che confermano quanto dice la Relazione al Codice.

Dalla Relazione al Codice si evince, dunque, che, per le procedure sopra soglia, le stazioni appaltanti possano ricorrere al calcolo della soglia di anomalia senza l'esclusione automatica, utilizzando i metodi di cui all'All.II.2 di cui all'art. 54 della sottosoglia.

I criteri e i parametri per determinare quando un'offerta sia sospetta di anomalia ex art. 110 sono determinati discrezionalmente dalla Stazione appaltante; nulla esclude che la stessa Stazione appaltante applichi le soglie determinate secondo uno dei metodi del sottosoglia. Tuttavia, individuate le offerte sospette di anomalia nel sopra soglia, non può escludere automaticamente ma deve seguire la procedura prevista dall'art. 110 del Codice.