

mentre secondo l'orientamento sopra indicato in tale fase doveva essere considerata ogni singola offerta.

5.3. Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, deve concludersi per l'illegittimità del metodo seguito dalla commissione di gara nella determinazione del miglior ri-

basso e della conseguente aggiudicazione della gara a favore dell'ATI M. & C. cooperativa a.r.l. capogruppo mandataria della ETT s.n.c. con il ribasso del 24,775%, come statuito dal TAR.

6. In conclusione, l'appello va respinto. *Omissis.*

IL COMMENTO

di Leonardo Masi

Il Consiglio di Stato ribadisce il principio per cui, pur in presenza di offerte con medesimo ribasso, esse debbono essere considerate nella loro individualità e non come unica entità per il solo fatto di contenere un ribasso identico, con la sola eccezione della prima delle operazioni previste dall'art. 86, comma 1 del Codice dei contratti pubblici, vale a dire quella del cd. taglio delle ali, ove, nell'ipotesi di offerte di medesimo ribasso che si collocano a cavallo dell'ala, nel senso che tutte considerate si supera il 10% delle offerte da escludere, esse vanno allora considerate quale unica offerta, intesa come espressione del ribasso in esse contenuto. Nel contempo, il Consiglio di Stato affronta problematiche connesse all'ammissibilità dei ricorsi collettivi, ribadendo i presupposti affinché possa essere scongiurata la scure dell'inammissibilità.

Due concorrenti di una gara per l'affidamento, con criterio del prezzo più basso, dei lavori sottosoglia di manutenzione straordinaria di un edificio pubblico, hanno impugnato l'aggiudicazione disposta a favore di altro concorrente, censurando il procedimento seguito dalla stazione appaltante per la determinazione della soglia di anomalia. In particolare, ad avviso dei ricorrenti, una volta effettuata la prima operazione prevista dall'art. 86, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (il cd. taglio delle ali), la commissione di gara, nel procedere con le operazioni successive (calcolo della media delle offerte residue e calcolo della media degli scarti percentuali che superano la prima media), ha erroneamente considerato le offerte dei ricorrenti, siccome contenenti un ribasso identico, quale unica entità, anziché come due offerte tra loro distinte. Ne è scaturita una soglia di anomalia diversa da quella che sarebbe stata ottenuta dalla corretta applicazione delle norme evocate. I ricorrenti hanno proposto anche una domanda di risarcimento del danno.

Il ricorso è stato accolto dal TAR Puglia, non invece la domanda risarcitoria, respinta per mancata dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico della colpa.

La controparte ha impugnato la decisione, sostenendo in primo luogo l'inammissibilità del ricorso collettivo introduttivo, sia per l'esistenza di conflitto di interessi tra i ricorrenti, sia per la mancata dimostrazione dell'interesse al ricorso, non avendo essi fornito la dimostrazione che, se applicato il diverso metodo, prospettato come legittimo, vi sarebbe stata un'aggiudicazione in loro favore.

Nel merito, l'appellante ha dedotto che la mancata considerazione, da parte della stazione appaltante, delle offerte con identico ribasso quale blocco unitario, si pone in contrasto con alcune deliberazioni dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, segnatamente la n. 285 del 2003 e la n. 159 del 2004.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

Quanto all'interesse al ricorso, si è rilevato come sia stata fornita, nel corso del giudizio di primo grado, la dimostrazione che l'applicazione del procedimento di determinazione della soglia di anomalia proposto dai ricorrenti avrebbe determinato, quale miglior ribasso, proprio quello da essi offerto.

In ordine invece alla eccezione di inammissibilità del ricorso collettivo per conflitto di interesse, il Consiglio di Stato ha osservato che nella fattispecie si ravvisava una chiara omogeneità delle posizioni azionate e che il ricorso, se accolto, avrebbe portato alla riedizione di un segmento del procedimento ritenuto illegittimo, con vantaggio per entrambi i ricorrenti. Mentre sarebbero state soltanto le successive determinazioni della stazione appaltante, in punto di definitiva aggiudicazione dell'appalto all'uno piuttosto che all'altro concorrente, a configurare eventualmente un interesse divergente tra i due concorrenti.

Nel merito, i giudici di Palazzo Spada hanno colto l'occasione per ribadire, oltre alla scansione procedimentale delineata dall'art. 86, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, che in linea generale le operazioni ivi previste hanno ad oggetto le "offerte" e non i "ribassi", talché le prime debbono considerarsi, ognuna di esse, quale autonoma entità. Con l'unica eccezione del caso in cui più offerte

con identico ribasso si pongano "a cavallo" dell'ala del 10% arrotondata all'unità superiore, nel qual caso, non essendo l'ala di esclusione sufficientemente ampia per escluderle tutte, occorre inevitabilmente trattare le stesse quale blocco unitario (e quindi considerare i "ribassi" e non le "offerte").

Ricorsi collettivi nelle procedure selettive

La giurisprudenza è ormai da anni assestata sul principio per cui, in linea generale, il ricorso collettivo, proposto quindi da una pluralità di soggetti, «è ammissibile solo a condizione che sussista identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto di identità di censure e, infine, che non sussista un conflitto di interessi tra i ricorrenti, nel senso che l'interesse sostanziale fatto valere non deve presentare punti di contrasto o conflitto, perché l'eventuale accoglimento del gravame avanti al giudice amministrativo deve portare vantaggio a tutti i ricorrenti» (1).

Posta la necessità di tali condizioni, si è poi precisato che è onere di tutti i ricorrenti che agiscono collettivamente esplicitare nell'atto introduttivo del giudizio, a pena d'inammissibilità del gravame, ove risieda l'omogeneità delle rispettive situazioni giuridiche soggettive, in modo da consentire al giudice amministrativo un compiuto sindacato circa la sussistenza dei presupposti di ammissibilità (2).

Per quanto attiene invece all'individuazione del momento in cui le condizioni prescritte debbono sussistere, si registra una qualche sfumatura nella giurisprudenza, atteso che, mentre in alcune pronunce ci si limita a ritenere sufficiente la loro esistenza al momento dell'iniziativa giurisdizionale (3), in altre si ha cura di precisare che il conflitto che rende inammissibile il ricorso può essere non solo attuale, ma anche "potenziale" (4), senza però specificare cosa debba intendersi per "potenziale", se cioè il conflitto - ai fini della declaratoria di inammissibilità - debba necessariamente prospettarsi come ipotesi verosimile tenuto conto dell'articolazione delle posizioni giuridiche azionate, o se invece è sufficiente una qualsiasi possibilità di interferenza. Occorre poi dare conto, per essersi misurata su tali problematiche, di una diramazione del richiamato filone giurisprudenziale, in forza della quale la sopravvenienza del conflitto, non presente al momento del deposito del ricorso, costituisce motivo di inammissibilità (5).

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ha fatto applicazione dei richiamati principi all'i-

potesi di un ricorso collettivo di più concorrenti avverso l'aggiudicazione ad un terzo soggetto, rilevando che nessun conflitto di interessi poteva ravvisarsi, posto che l'accoglimento del ricorso non comportava altra conseguenza necessitata se non quella di imporre alla stazione appaltante la riedizione del segmento di procedimento che si sarebbe concluso con l'individuazione delle due offerte dei ricorrenti quali quelle con il miglior ribasso e quindi potenzialmente in grado di aggiudicarsi l'appalto. Il vantaggio, insomma, era comune e l'annullamento dell'aggiudicazione non andava a detrimento di nessuno dei due concorrenti, i quali, nella fase di ripetizione delle operazioni travolte dalla pronuncia di annullamento, avrebbero potuto concorrere per l'aggiudicazione ed in particolare avrebbero potuto in ipotesi ricavare soddisfazione dall'applicazione analogica dell'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, in base al quale «Quando nelle aste ad offerte segrete due o più concorrenti, presenti all'asta, facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione fra essi soli, a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine, secondo che lo creda più opportuno l'ufficiale incaricato. Colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario».

L'ammissibilità del ricorso collettivo in materia di procedure ad evidenza pubblica rappresenta quindi un tema da investigare caso per caso, alla luce della effettiva caratterizzazione delle posizioni dei ricorrenti, e soprattutto tenuto conto degli effetti che la pronuncia di annullamento è destinata a produrre in relazione ai diritti o alle aspettative di aggiudicazione.

Se ne deve trarre l'inevitabile corollario che in materia di procedure selettive il ricorso collettivo

Note:

(1) Così Cons. Stato, sez. IV, 1° marzo 2006, n. 991, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 3, 797; in termini Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2008, n. 6162, *ivi* 2008, 12, 3376; Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 2008, n. 5912, *ivi* 2008, 11, 3057; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2008, n. 1222, *ivi* 2008, 3, 829.

(2) Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2005, n. 3749, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 7/8, 2248; o ancora Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 301, *ivi* 2008, 2, 407, secondo cui «È inammissibile il ricorso collettivo che nulla dica in ordine alle condizioni legittimanti e d'interesse di ciascuno dei ricorrenti, e in tal modo impedisce sia all'amministrazione emanante sia al giudice di controllare il concreto e personale interesse degli stessi e l'omogeneità e non confliggenza dell'interesse dei singoli».

(3) Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2005, n. 3749, *cit.*

(4) T.A.R. Lazio, sez. I, 3 ottobre 2006, n. 9878, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 10, 3211.

(5) Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3927, in *Foro Amm. CdS*, 2000, 2616.

sarà inammissibile, ad esempio, laddove dalla pronuncia di annullamento derivi quale conseguenza automatica, senza alcun margine di discrezionalità per la stazione appaltante, l'aggiudicazione ad uno dei ricorrenti (6). Non invece nelle ipotesi in cui, tenuto conto dei motivi di gravame di cui si chiede l'accoglimento e dei criteri di aggiudicazione previsti dalla *lex specialis* di gara, la conseguenza dell'annullamento non consente di ritenere ineluttabile l'aggiudicazione ad uno dei ricorrenti in via collettiva (*id est*: di ritenere privo di *chances* di aggiudicazione alcuno dei ricorrenti).

La decisione in commento appare quindi senz'altro da condividere, atteso che il meccanismo di sostanziale affidamento alla sorte, previsto dall'art. 77, R.D. n. 827/1924, non escludeva per nessuno dei due ricorrenti la possibilità di rendersi aggiudicatario dell'appalto cui aspirava.

Le offerte con identico ribasso nel procedimento di determinazione della soglia di anomalia

Nel merito, la sentenza in commento ha affrontato uno degli istituti più delicati, e nello stesso tempo più discussi, della normativa sugli appalti pubblici, vale a dire il procedimento di determinazione della soglia di anomalia negli appalti affidati con il criterio del prezzo più basso (7).

È noto che la disciplina è oggi contenuta nell'art. 86, comma 1, D.Lgs. n. 163 del 2006 (8), in base al quale «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».

Il Consiglio di Stato ha ribadito l'orientamento da considerarsi ormai prevalente, per cui nel procedimento di determinazione della soglia di anomalia le offerte rilevano per la loro autonomia individualità, a prescindere cioè dai ribassi in esse contenuti, e quindi che in ognuna delle operazioni previste dal citato art. 86 occorrerà fare riferimento alle offerte e non certo ai ribassi (9).

Il problema non è di poco conto, sia perché capita sovente di intercettare ribassi identici, sia perché, trattandosi di calcolare ben due "medie" (quel-

la dei ribassi delle offerte residue dopo il taglio delle ali, e quella degli scarti percentuali delle predette offerte che superano la prima media) è di tutta evidenza che laddove più offerte vengano considerate, in ragione dell'identità dei ribassi in esse contenute, quale unica entità, anziché in numero pari a quante esse siano, risulta variato uno degli elementi delle operazioni di calcolo delle medie, con conseguente alterazione dei valori risultanti ed in definitiva della soglia di anomalia.

Di fronte alle due alternative, il Consiglio di Stato ha optato per la soluzione ad avviso di chi scrive corretta, vale a dire quella ispirata dal criterio ermeneutico letterale, tenuto conto che nella formulazione, invero non propriamente felice, della norma, l'oggetto della valutazione di congruità è dato *expressis verbis* dalle offerte. I ribassi, cui il legislatore fa riferimento, emergono in quanto concatenati alle offerte che li contengono, e non quali entità numeriche oggetto di trattazione autonoma. È pur vero che nell'ultima operazione (il calcolo della media degli scarti dei ribassi che superano la prima media ottenuta), a differenza di quanto si legge per la prima, l'espressione "ribassi" non è seguita dal riferimento alle relative offerte, ciò che potrebbe indurre a ritenere che in tale ultima operazione dovrebbe applicarsi, in caso di offerte con ribasso identico, il criterio del blocco unitario. Tuttavia, un tale argomento, per ritenere che nell'ultima operazione rilevano solo i ribassi e non le offerte, proverebbe troppo, se solo si considera che, in presenza di offerte con identico ribasso, avremmo, nel contesto di un unico procedimento, un loro trattamento differenziato nei *sub* procedimenti in cui si articola quello principale, ciò che appare quantomeno incoerente. Pare allora, anche al solo fine di conferire omogeneità applicativa alla norma, che la soluzione offerta dal Consiglio di Stato sia quella preferibile.

Note:

(6) In tal senso si è espresso, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 25 novembre 2004, n. 6072, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 3266.

(7) Per la ricostruzione dei passaggi più significativi compiuti dal legislatore in materia di anomalia delle offerte v. R. De Nictolis, *Le offerte anomale e i criteri di rilevazione della congruità dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 2200 ss.; A. Cianflone e G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XI ed., Milano, 2003, 562 ss.

(8) Disciplina mutuata dall'art. 21, comma 1-bis, L. n. 109/1994.

(9) Cons. Stato, sez. II, 3 marzo 1999, n. 285, in questa *Rivista*, 1999, 773 con nota di R. De Nictolis; Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216, in questa *Rivista*, 2001, 919; Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 2003, n. 1094, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 618; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2002, n. 3068, *ivi*, 2002, 1437.

La sentenza in commento coglie l'occasione anche per precisare che l'unica ipotesi in cui rilevano i ribassi e non le offerte, con ciò uniformandosi anche in questo caso alla giurisprudenza dominante, è quella, che non di rado si verifica, in cui due o più offerte di identico ribasso si trovino collocate al limite delle ali, talché dall'esclusione di tutte conseguirebbe il superamento del 10% previsto dalla norma. In tali fattispecie, l'esclusione, ai fini delle successive operazioni previste dall'art. 86, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, dovrà coinvolgere tutte le offerte (10).

Una conclusione di questo tipo, come hanno chiarito i precedenti su cui si fonda la recente sentenza del Consiglio di Stato, poggia su un argomento di natura logico sistematica, sintetizzabile nei termini che seguono.

Poiché la *ratio* dell'operazione di taglio delle ali è quella di neutralizzare l'effetto distorsivo arrecato al procedimento di determinazione della soglia di anomalia dalle offerte i cui ribassi vengono ritenuti non allineati ai valori di mercato, deve ritenersi che, una volta indicato un ribasso non adeguato, in quanto riferito ad offerta ricadente in una delle due ali, sarebbe assolutamente illogico non escludere un'offerta contenente un ribasso identico, e ciò per il solo fatto che tale esclusione comporterebbe il superamento della soglia del 10% prevista dalla norma, soglia che quindi deve intendersi come riferita ai ribassi e non alle offerte. Il Consiglio di Stato in altra occasione rispetto a quella in commento, ha quindi avuto modo di precisare che: «Ad un diverso e più convincente risultato, invece, è possibile pervenire se l'interpretazione è guidata dalla funzione che il legislatore ha attribuito al correttivo del "taglio delle ali", che come si è detto persegue l'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi. Partendo da tale angolo visuale, non v'è dubbio che, nel caso in cui siano più d'una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, l'interpretazione suggerita dall'appellante porterebbe al paradosso che l'esclusione dell'offerta, ritenuta fuorviante per definizione, non porterebbe comunque all'eliminazione del ribasso in essa contenuto dal computo della media. Il che rappresenta un risultato esattamente opposto a quello voluto dalla funzione correttiva attribuita al "taglio delle ali"» (11).

Occorre peraltro dare atto di due non lontani precedenti che invece hanno disatteso tale orienta-

mento, optando per la soluzione alternativa (12). Il primo argomento su cui si fonda detta tesi minoritaria è di natura letterale ed è il medesimo in forza del quale, come sopra si è visto, si tende ad escludere in linea generale il criterio del blocco unitario. Per cui, a fronte di un chiaro disposto normativo, che fa riferimento alle "offerte", non risulta consentito all'interprete attribuire al legislatore una volontà diversa, tantomeno a fronte di una norma che - sottraendo, seppure fittiziamente, alcune offerte validamente pervenute - introduce un meccanismo convenzionale, come tale non suscettibile di interpretazioni estensive. Il secondo spunto argomentativo è invece di ordine pragmatico, e tende a smorzare gli effetti del principale sostegno alla tesi dominante, vale a dire, come si è visto, quello per cui l'esclusione dei ribassi, anziché delle offerte, risponde alla *ratio* della norma che è quello di neutralizzare l'effetto di ribassi eccessivi nella determinazione della soglia di anomalia. Ma siccome il problema sul da farsi in caso di identità di ribassi si pone per le offerte poste al margine non estremo dell'ala, il fatto di non escludere dal taglio delle ali tutte le offerte con medesimo ribasso, ma solo quelle fino al limite del 10%, non importa scostamenti significativi nella determinazione della soglia di anomalia. Argomenti certamente degni di nota, ma che allo stato non risultano far breccia tra i giudici di Palazzo Spada.

Tomando al criterio generale avallato dal Consiglio di Stato, le soluzioni applicative della sentenza in commento, e cioè la considerazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 86, comma 1 del Codice dei contratti, delle offerte e non dei ribassi (salva l'ipotesi delle offerte identiche poste a cavallo delle ali del 10%) non recepiscono gli stimoli provenienti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la

Note:

(10) Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216, in questa *Rivista*, 2001, 919: «Alla parola "offerte", contenuta nel comma 1-bis dell'art. 21 L. 11 febbraio 1994 n. 109, va dato un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Ne deriva che la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia di esclusione, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo della media e dello scarto medio aritmetico»; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2002, n. 3068, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 1437; Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 2003, n. 1094, *ivi* 2003, 618; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 7 luglio 2005, n. 1117, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 2611; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 aprile 2005, n. 568, *ivi*, 1264.

(11) Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216, cit.

(12) T.A.R. Liguria, sez. II, 12 aprile 2006, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 7-8, 2413, con nota di L. Masi; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 23 agosto 2004, n. 543, *ivi*, 2004, 1974.

quale, nelle due deliberazioni invocate dalla controinteressata nel giudizio di merito (13), suggerisce quale criterio guida quello per cui «l'identità dei ribassi potrebbe configurarsi come fattore di distorsione ovvero come elemento non idoneo ad esprimere in modo pieno e trasparente il valore della concorrenza», e quindi che vengano sempre considerati i ribassi e non tanto le offerte. Argomenti che, per quanto oggettivamente persuasivi, risultano forse eccessivamente radicali, nel senso che la presunzione di automatica collusione in presenza di offerte identiche corre il rischio di non tener conto che un tale effetto potrebbe essere la conseguenza di fisiologiche dinamiche della competizione selettiva e del mercato. Ed in ogni caso, il tema sollevato dall'Autorità, che certamente merita attenzione, è forse opportuno venga affrontato nella sede legislativa, piuttosto che in quella ermeneutica, di fronte ad una norma che, invece, risulta maggiormente conforme all'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato.

Appalti sottosoglia ed esclusione automatica delle offerte anomale. Il terzo correttivo al Codice recepisce (in parte?) le indicazioni della Corte di Giustizia

La decisione in commento offre infine un'inviante occasione per fare il punto sul dibattuto tema dell'esclusione automatica delle offerte anomale nelle procedure di affidamento, con il criterio del prezzo più basso, degli appalti inferiori alla soglia comunitaria.

Prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, l'art. 21, comma 1-bis, ultimo periodo, L. n. 109/1994, disponeva che, in caso di offerta con ribasso uguale o superiore alla soglia determinata ai sensi del primo periodo della richiamata disposizione, si procedesse all'esclusione automatica (14).

Si trattava di una conseguenza sanzionatoria che è stata oggetto di numerose critiche, soprattutto di provenienza comunitaria, per essere l'esclusione automatica contrastante con i principi di libertà di iniziativa economica, di libertà di stabilimento e massima partecipazione alle competizioni selettive, critiche tuttavia non recepite dalla Corte Costituzionale, la quale in più occasioni si è invece espressa per la conformità alla carta fondamentale della norma (15).

Più sensibile invece il giudice amministrativo, il quale ha avuto modo di sottolineare la difficile convivenza tra la norma interna e il diritto supranazionale (16).

La soluzione adottata dal Codice dei contratti pubblici, normata dall'art. 122, comma 9, nel testo inizialmente vigente, è stata quella di confermare l'istituto dell'esclusione automatica, ma soltanto come facoltà di cui le stazioni appaltanti potevano avvalersi, a condizione ovviamente che ciò venisse indicato e previsto nel bando e purché il numero di concorrenti fosse superiore a cinque (17).

La scelta legislativa rappresentava un evidente compromesso, che, come presumibile, ha provocato non pochi strascichi contenziosi in sede applicativa, visto che, con il mero e insindacabile esercizio della facoltà, prevista dal Codice, di disporre l'esclusione automatica, si garantiva la permanenza nell'ordinamento di un istituto la cui conformità con il diritto comunitario è stata, come detto, in più occasioni seriamente dubitata.

A rinverdire la *querelle* è sopraggiunto l'intervento della Corte di Giustizia del 2008 (18), la quale - chiamata ad esprimersi sulla questione pregiudiziale di compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 21, comma 1-bis, ultimo periodo, L. n. 109/1994 - ha affermato che, in presenza di appalti che presentino un interesse transfrontaliero certo, deve ritenersi confliggente con i principi generali e con le norme fondamentali del Trattato una normativa interna che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di un numero di offerte valide superiore a cinque. Trattasi peraltro non di chiusura ermetica al sistema dell'esclusione automa-

Note:

(13) Si tratta delle deliberazioni n. 285 del 6 novembre 2003 e n. 159 del 14 ottobre 2004, consultabili su www.autoritavoripubblici.it.

(14) Purché le offerte ammesse fossero almeno cinque, altrimenti la procedura di esclusione automatica non era praticabile e, come previsto dall'art. 89, comma 4, D.P.R. n. 554/1999, il responsabile del procedimento procedeva alla verifica della congruità, previa richiesta di giustificazioni scritte all'impresa.

(15) Cfr. Corte cost., 25 febbraio 1998, n. 40, in questa *Rivista*, 1998, 372; Corte cost., 30 giugno 1998, n. 258, *ivi*, 953; Corte cost., ord. 14 dicembre 1998, n. 442, in *Giur. Cost.*, 1998, f. 6; Corte cost., ord. 11 marzo 1999, n. 74, *ivi* 1999, 813.

(16) Cons. Stato, sez. V, ord. 7 febbraio 2006, n. 489, secondo cui l'art. 21, comma 1-bis, ult. periodo, L. n. 109/1994 è da interpretarsi nel senso che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di escludere le offerte anomale negli appalti sottosoglia, e, dubitando della conformità al diritto comunitario di tale norma, aveva sollevato la relativa questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia.

(17) L'art. 124, ultimo comma, del codice estendeva anche agli appalti sottosoglia di servizi e forniture la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere nei bandi l'esclusione automatica delle offerte anomale.

(18) Corte Giust. CE, sez. IV, 15 maggio 2008, cause C-147/06 e 148/06, in questa *Rivista*, 2008, 1123 con nota di Balocco.

tica, posto che la Corte ha precisato che «Anche in presenza di un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica di talune offerte a causa del loro carattere anormalmente basso potrebbe rivelarsi accettabile qualora il ricorso a tale regola sia giustificato dal numero eccessivamente elevato delle offerte, circostanza questa che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice interessata a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la capacità amministrativa della detta amministrazione aggiudicatrice ovvero da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare».

All'indomani di tale decisione, che - per quanto riferita alla normativa contenuta nella legge Merloni - si rifletteva obiettivamente sul sistema introdotto dal Codice dei contratti pubblici con gli artt. 122 e 124, il legislatore è corso ai ripari con il cd. terzo correttivo, vale a dire con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, modificando il comma 9 dell'art. 122 (per i lavori) e il comma 8 dell'art. 124 (per i servizi e le forniture) (19).

Il risultato è che oggi l'esclusione automatica delle offerte anomale può essere disposta soltanto in presenza di tre condizioni: a) che sia previsto dal bando; b) che l'appalto abbia un valore pari o superiore a 1 milione di euro per i lavori e a 100.000 euro per i servizi o le forniture; c) che il numero delle offerte valide sia superiore a dieci.

Vedremo nel tempo se la soluzione adottata dal legislatore sia idonea o meno a conformare il nostro ordinamento agli insegnamenti della Corte di Giustizia. Allo stato sono tuttavia riscontrabili due profili problematici.

In primo luogo, la nuova formulazione della norma, stabilendo la soglia di 1 milione di euro per i lavori e di 100.000 euro per i servizi o le forniture, quale limite oltre il quale non sarà possibile procedere all'esclusione automatica, introduce una presunzione assoluta di mancanza di interesse transfrontaliero per gli appalti inferiori a tali soglie, posto che in tali ipotesi l'esclusione automatica delle offerte anomale, in presenza delle altre due condizioni previste dalla norma, potrà tuttora essere disposta.

Se non si ignora che la determinazione di una soglia si presentava come la soluzione più immediata cui ricorrere, è altrettanto vero che l'interesse transfrontaliero di una gara non appare determinato unicamente dall'ammontare dell'appalto, ma anche da altri elementi (es. tipologia dell'affidamento, localizzazione della stazione appaltante, platea dei potenziali offerenti etc.), ciò che potrebbe indurre a

dubitare che la soluzione adottata, a prescindere dall'entità delle soglie, di per sé sempre inevitabilmente discrezionali e quindi opinabili, sia conforme al diritto comunitario.

In secondo luogo, stabilendo che l'esclusione automatica delle offerte anomale potrà essere disposta soltanto in presenza di un numero di partecipanti superiore a dieci, il legislatore delegato ha individuato in tale soglia il limite superato il quale si producono quali conseguenze quelle - ad usare le parole della Corte di Giustizia - di «eccedere la capacità amministrativa della detta amministrazione aggiudicatrice ovvero da poter compromettere la realizzazione del progetto», tali da legittimare in via del tutto eccezionale il ricorso all'istituto dell'esclusione automatica. In questo caso, il rischio di contrasto con il diritto comunitario si profila forse con maggiore consistenza, da un lato perché il limite è dettato per tutte le stazioni appaltanti, e quindi anche per quelle che per struttura e caratteristiche potrebbero far fronte alla verifica puntuale di numeri anche elevati di offerte apparentemente anomale, ed in secondo luogo perché lo stesso limite di dieci offerte valide pervenute può in linea generale essere ritenuto non attendibile. Infatti, tenuto conto che le offerte sospette di anomalia risultano essere, nella normalità, decisamente inferiori a quelle validamente pervenute, potrebbe darsi il caso di applicazione di esclusione automatica in procedure con dieci o più offerte valide nelle quali le offerte sospette di anomalia da verificare sarebbero in un numero così ridotto da non determinare gli inconvenienti che la Corte di Giustizia ha indicato quali unici motivi di deroga al principio generale. Non potrà che essere la giurisprudenza a fare luce sugli evocati spunti problematici.

Nota:

(19) Art. 122, comma 9, D.Lgs. n. 163/2006: «Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere 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 dell'art. 86; in tal caso non si applica l'art. 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'art. 86, comma 3». Art. 124, comma 8, D.Lgs. n. 163/2006: «Per servizi e forniture d'importo inferiore o pari a 100.000 euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere 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 dell'art. 86; in tal caso non si applica l'art. 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'art. 86, comma 3».