

L'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti "sotto-soglia". Analisi normativa e giurisprudenziale.

DI FEDERICA BARONE

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. 2. Le prime direttive europee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. 3. Le direttive 93/37/CEE, 92/50/CEE e 93/36/CEE. La normativa nazionale di attuazione. La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa. 4. Il contenzioso che ha originato la pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia CE 15 maggio 2008, n. 147. 5. Le direttive uniche 2004/17/CE e 2004/18/CE e la comunicazione interpretativa della Commissione dell'Unione Europea. 6. Il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 7. La sentenza della Corte di Giustizia CE 15 maggio 2008, n. 147 ed il "terzo correttivo" al Codice dei contratti pubblici. 8. Lo schema di regolamento del Codice dei contratti pubblici. 9. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni preliminari.

L'offerta "anomala" o "anormalmente bassa" rispetto alla prestazione, è quell'offerta economica che, nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti pubblici, appare altamente remunerativa ed appetibile da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a causa della modesta entità del suo importo.

Il fenomeno è dovuto all'alta ed esasperata concorrenzialità delle imprese che partecipano alle gare pubbliche, sempre più tese, in un sistema di mercato caratterizzato dalla proliferazione degli operatori economici in ogni settore, a guadagnare spazi "contrattuali"¹.

La tendenza dei concorrenti a presentare offerte anormalmente basse rispetto alla prestazione richiesta potrebbe apparire perfettamente in linea con le esigenze di risparmio della pubblica amministrazione, vincolata dall'evidenza pubblica a effettuare scelte rispondenti all'interesse pubblico; tuttavia, può accadere che tali offerte, visibilmente troppo basse, non garantiscano l'esatta e tempestiva esecuzione dell'appalto, essendo formulate e "tarate" su un livello mediocre di esecuzione del servizio o dell'opera, sul risparmio (illecito) relativo al costo del lavoro, su *escamotage* diretti ad eludere la normativa previdenziale, e così via².

¹ R. IANNOTTA, *L'anomalia delle offerte tra principi comunitari e diritto interno*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 1996, p. 643.

² In tal senso, si vedano le osservazioni di T. TAVERRITI, *Le offerte anomale nelle gare di appalto di lavori pubblici*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 1297, di R. LENZETTI, *Patologia dell'appalto: le offerte anomale*, in *Nuova rass.*, 1996, p. 785, e di E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1993, p. 106.

La funzione del giudizio di anomalia dell'offerta, quindi, è quella di "garantire un equilibrio tra la convenienza della p.a. ad affidare l'appalto al prezzo più basso e l'esigenza di evitarne l'esecuzione con un ribasso che si attesti al di là del ragionevole limite dettato dalle leggi di mercato"³, ovvero quella di assicurare la piena affidabilità della proposta contrattuale⁴, al fine di garantire il rispetto dei principi comunitari della libertà di concorrenza e della *par condicio* dei concorrenti, nonché di quelli della legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 della Costituzione⁵.

Quale lo strumento a disposizione delle stazioni appaltanti per valutare se l'offerta sia nel complesso seria ed attendibile?

Di sicuro, l'apertura di un *sub*-procedimento di verifica dell'anomalia, in cui si dà modo al soggetto che ha presentato l'offerta di chiarire le voci costituenti il prezzo offerto, tramite le cosiddette "giustificazioni"⁶; ma la realtà pratica dei procedimenti amministrativi, che possono subire appesantimenti e ritardi nei casi di presentazione di un numero elevato di offerte, ha suggerito, nel tempo, un diverso criterio, automatico ed immediato, che consente l'esclusione in radice, nel rispetto di determinate condizioni, delle offerte anormalmente basse.

Vedremo adesso come questi opposti criteri hanno convissuto e continuano a convivere nella normativa dell'Unione Europea ed in quella nazionale, con gli spunti forniti dalla giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria.

2. Le prime direttive europee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE.

La disciplina relativa all'esclusione delle offerte anormalmente basse era contenuta già nell'articolo 29, comma 5, della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio

G. PALOMBO, in *Procedure contrattuali e problematiche relative alle offerte anomale*, in *Nuova Rass.*, 1990, p. 97, rileva come in realtà i due aspetti del risparmio e della corretta e puntuale esecuzione dell'opera costituiscano risvolti diversi di un generale principio di economia, sotteso alla gestione del denaro pubblico, inteso non soltanto come capacità di spendere meno, ma come capacità di meglio soddisfare la funzione preordinata. Secondo M. MAZZONE, *Vecchia e nuova disciplina delle offerte anomale nelle gare d'appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1988, p. 395, "...è circostanza nota infatti che in tema di appalto di lavori pubblici il preminente interesse perseguito dall'amministrazione committente è la realizzazione dell'opera, rispetto alla quale l'interesse – pur apprezzabile – ad ottenere tal risultato con la minore spesa possibile subisce sensibili temperamenti".

³ T.A.R. Lazio, sez. III, 5 marzo 2008, n. 3180; ma vedi anche T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 18 gennaio 2006, n. 98; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 aprile 2005, n. 2982.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2006, n. 5697.

⁵ T.A.R. Palermo, sez. II, 28 novembre 2007, n. 3223.

⁶ Sul tema cfr. C. VIVANI, *Ancora in tema di giusto procedimento in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta*, in *Urb. e app.*, 2002, p. 554; R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia sul giusto procedimento in tema di offerte anomale*, in *Urb. e app.*, 2002, p. 23; L. COEN, *Appalto: offerta anomala*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1013.

1971, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 1.000.000 di unità di conto europee⁷.

Il suddetto articolo 29, comma 5, recava le seguenti disposizioni:

“Qualora, per un determinato appalto, talune offerte presentino manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice ne verifica la composizione prima di decidere in merito all’aggiudicazione dell’appalto.

Essa tiene conto del risultato di tale verifica.

All’uopo, essa chiede all’offerente di fornire le giustificazioni necessarie, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili.

Se i documenti relativi all’appalto prevedono l’aggiudicazione al prezzo più basso, l’amministrazione aggiudicatrice è tenuta a motivare il rigetto delle offerte ritenute troppo basse presso il comitato consultivo istituito con decisione del Consiglio del 26 luglio 1971”.

La norma e lo spirito di queste disposizioni venivano in un primo tempo rispettate dal Legislatore italiano, che le recepiva dapprima con l’articolo 5 della legge 2 febbraio 1973, n. 14, recante norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata⁸, e, successivamente, con l’articolo 24, comma 3, della legge 8 agosto 1977, n. 584, recante norme di adeguamento alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alla direttive della Comunità economica europea⁹.

L’articolo 5, commi 9 e 10, della legge n. 14/1973, testualmente recitava: *“Qualora l’offerta risultata aggiudicataria, ed eventualmente altre offerte presentino manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, o gravi squilibri fra i prezzi unitari, l’ente appaltante verifica la composizione delle offerte e, non oltre dieci giorni dalla data della gara, chiede agli offerenti di presentare, nel termine di dieci giorni dalla data di ricezione della richiesta, le analisi di tutti o di alcuni dei prezzi unitari e le altre giustificazioni necessarie. Quando tali elementi non siano presentati, o non vengano ritenuti adeguati, l’ente appaltante annulla, con atto motivato, l’aggiudicazione, esclude le offerte ritenute inaccettabili ed appalta i lavori in favore del concorrente che segue nella graduatoria, il quale resta vincolato alla propria offerta per non oltre trenta giorni dalla data della gara”.*

L’articolo 24, comma 3, della legge n. 584/77, disponeva: *“Se, per un determinato appalto, talune offerte risultano basse in modo anomalo rispetto alla prestazione, il soggetto appaltante, richieste all’offerente le necessarie giustificazioni, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili, verifica la composizione delle offerte e può escluderle se non le considera valide; in tal caso, se l’appalto è bandito col criterio dell’aggiudicazione al prezzo più basso, il soggetto appaltante è*

⁷ In Gazzetta UE 16 agosto 1971, n. L 188.

⁸ In G. U. 24 febbraio 1973, n. 51.

⁹ In G. U. 26 agosto 1977, n. 232.

tenuto a comunicare il rigetto delle offerte, con la relativa motivazione, al Ministero dei lavori pubblici il quale ne curerà la trasmissione al comitato consultivo per gli appalti di lavori pubblici della Comunità economica europea, entro il termine di cui al primo comma dell'art. 6".

Successivamente, nel 1987, seppure con una disciplina che doveva rivestire carattere provvisorio, il Governo italiano apportava modifiche all'articolo 24, comma 3, della legge n. 584/77, mediante l'adozione di tre decreti legge¹⁰, i quali stabilivano, a fini acceleratori e limitatamente ad un periodo di due anni dall'entrata in vigore di ciascun decreto, che dovessero essere considerate anomale e, quindi, escluse dalla gara, le offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementata da un valore percentuale indicato nel bando o nell'avviso di gara (articolo 4).

Faceva così il suo ingresso nella legislazione italiana l'applicazione di un criterio matematico di esclusione delle offerte anormalmente basse negli appalti di rilievo comunitario.

In realtà, i decreti legge "di rottura" non sono mai stati convertiti in legge nel termine previsto dalla nostra Carta Costituzionale, ed hanno perduto efficacia: tuttavia, la perdita di efficacia non ha colpito gli atti emanati in base ad essi, fatti salvi da una successiva legge¹¹.

La salvezza degli effetti degli atti di gara emessi nella vigenza di uno di tali decreti (D.L. 25 maggio 1987, n. 206) ha consentito alla Corte di Giustizia CE, con sentenza del 22 giugno 1989, C-103/88, di pronunciarsi sull'interpretazione dell'articolo 29, comma 5, della direttiva 71/305 del Consiglio del 26 luglio 1971¹².

A parere della Corte di Giustizia, i criteri di esclusione automatici applicati in base alla normativa italiana contrastavano con lo scopo della direttiva 71/305, poiché, privando i concorrenti - che avessero presentato offerte particolarmente basse - della possibilità di dimostrare che si trattava di offerte serie, si ostacolava lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici; la Corte è infine pervenuta a dichiarare che *"L'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio vieta agli Stati membri di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva. Gli Stati membri, nel recepire la direttiva 71/305 del Consiglio, non possono scostarsi in misura sostanziale da quanto prescrive l'art. 29, n. 5, della*

¹⁰ Decreto Legge 25 maggio 1987, n. 206 – G.U. 26 maggio 1987, n. 120; Decreto Legge 27 luglio 1987, n. 302 – G.U. del 28 luglio 1987, n. 174; Decreto Legge 25 settembre 1987, n. 393 – G.U. del 26 settembre 1987, n. 225. La rapida successione di tali decreti applicava la deprecabile prassi della reiterazione dei decreti legge non convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro emanazione.

¹¹ Articolo 1, n. 2, della legge 25 novembre 1987, n. 478, in G.U. del 26 novembre 1987, n. 277.

¹² La questione pregiudiziale era stata sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con ordinanza 16 dicembre 1987.

stessa direttiva [...] e al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa disposizione".

Medio tempore, con legge 11 marzo 1988, n. 67¹³ il Legislatore (incurante delle statuizioni della Corte di Giustizia) tentava la reintroduzione "stabile" del principio dell'automatismo, prescrivendo - sempre al dichiarato fine di accelerare le procedure relative all'affidamento degli appalti di opere pubbliche - che dovevano essere considerate anomale, ai sensi dell'articolo 24, comma 3, della legge n. 584/77, ed escluse dalle gare "...le offerte che presentano una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementata da un valore percentuale, non inferiore al 5 per cento che deve essere indicato nel bando o nell'avviso di gara" (art. 17, comma 2). Anche questa norma ebbe vita breve, subendo l'abrogazione, appena un anno dopo, da parte dell'articolo 2 bis del Decreto Legge 2 marzo 1989, n. 65¹⁴, il quale, oltre a richiamare l'articolo 24 della legge n. 584/77 e l'articolo 5 della legge n. 14/73, prevedeva un meccanismo transitorio e facoltativo di esclusione automatica¹⁵.

Nello stesso anno, con la direttiva n. 89/440/CEE del Consiglio del 18 luglio 1989¹⁶, che apportava modifiche alla direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, il Legislatore comunitario, dopo aver ribadito la necessità della procedura in contraddittorio, consentiva eccezionalmente agli Stati membri, in via transitoria (fino al 31 dicembre 1992) e "fatta esclusione di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità" di poter prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle ipotesi di presentazione di un elevato numero di offerte, laddove il procedimento di verifica in contraddittorio avrebbe condotto ad un "ritardo sostanziale" e alla compromissione dell'interesse pubblico per la realizzazione dell'appalto¹⁷.

¹³ Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 1988) - in Suppl. ordinario alla G.U. 14 marzo, n. 61.

¹⁴ Recante disposizioni in materia di finanza pubblica, pubblicato in G.U. 2 marzo, n. 51 - Decreto convertito con modificazioni in legge 26 aprile 1989, n. 155 (in G. U. 2 maggio 1989, n. 100).

¹⁵ Ovvero, per un periodo che si estendeva sino al 31 dicembre 1992, la possibilità, per le pubbliche amministrazioni, di escludere dalla gara le offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementata di un valore percentuale non inferiore al sette per cento, senza necessità di rispettare le procedure richiamate nel comma 1. La facoltà di esclusione in parola, nonché il valore percentuale di incremento della media dovevano essere indicati nel bando o nell'avviso di gara. La medesima facoltà non era tuttavia esercitabile qualora il numero delle offerte valide fosse risultato inferiore a quindici.

¹⁶ In Gazzetta UE del 21 luglio 1989, n. L 210.

¹⁷ A. TABARRINI, *Le innovazioni comunitarie in materia di appalti pubblici (la direttiva n. 440 del 18 luglio 1989 ed i più recenti provvedimenti)*, Rimini, 1990. A. COLETTA, *Commento della direttiva del Consiglio d'Europa n. 89-440-CEE del 18 luglio 1989 che modifica la direttiva n. 71-305-CEE del 16 luglio 1971*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1990, p. 112. M. SANINO, *L'affidamento dei lavori nella direttiva CEE 440/89 sugli appalti dei lavori pubblici*, in *Riv. amm.*, 1991, p. 1950. A. BOZZI, C. MALINCONICO, A. MARZANATI, *Commento alla direttiva del Consiglio del 18 luglio 1989 che modifica la direttiva*

Nel rispetto della nuova disciplina comunitaria, il D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406¹⁸, recante norme per l'affidamento sotto qualsiasi forma di lavori pubblici di importo pari o superiore a 5 milioni di ECU, prevedeva il meccanismo di valutazione in contraddittorio delle offerte anomale, consentendo (fino al 31 dicembre 1992) l'esclusione automatica, previa menzione della procedura nel bando di gara e solo nel caso in cui il numero delle offerte fosse stato superiore a trenta¹⁹.

3. *Le direttive 93/37/CEE, 92/50/CEE e 93/36/CEE. La normativa nazionale di attuazione. La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.*

La successiva direttiva emanata in tema di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori - direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993²⁰- ha mantenuto inalterato l'impianto della precedente direttiva relativamente alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, ribadendo, al paragrafo 4 del comma 30, che l'amministrazione aggiudicatrice aveva l'obbligo di richiedere, per iscritto, le precisazioni che riteneva utili in merito alla composizione dell'offerta, e di verificare detta composizione alla luce delle giustificazioni fornite (che potevano riguardare, a titolo esemplificativo, l'economia del procedimento di costruzione, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto). Anche questa direttiva riportava la disposizione di cui alla direttiva 89/440, relativa alla possibilità, per la stazione appaltante, e solo fino alla fine del 1992, di rifiutare eccezionalmente le offerte che avessero presentato un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, senza dover rispettare la procedura in contraddittorio, nelle ipotesi di presentazione di un elevato numero di offerte.

Al contrario, le direttive emanate in tema di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi - direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992²¹ - e di forniture - direttiva 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993²² - riportavano, rispettivamente all'articolo 37 e all'articolo 27, la

71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1991, p. 215.

¹⁸ In Supplem. Ordinario alla G.U. 27 dicembre, n. 302.

¹⁹ F. TITOMANLIO, R. MANGANI, F. MAGRI', G. VETRANO, *Le norme di adeguamento alla direttiva CEE 440/89 in materia di appalti di lavori pubblici*, Roma, 1992; MACCHIAVELLI-PUGLISI, *Normativa comunitaria in materia di appalti - In particolare il decreto legislativo delegato di recepimento della direttiva CEE 89/440 in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Corriere giuridico*, 1992, p. 242; P. LA ROCCA, *Appalti e concessioni dopo la direttiva CEE: il decreto legislativo n. 406/1991 di attuazione della direttiva*, in *Nuova rass.*, 1992, p.311; V. ITALIA, *Appalti di opere pubbliche e criteri informativi del nuovo decreto di applicazione della direttiva 89/440/CEE*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1992, p. 93. CANCRINI-PISELLI, *Attuazione della direttiva CEE 89/440 in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, Roma, 1993.

²⁰ Pubblicata in Gazzetta UE 9 agosto 1993, n.199.

²¹ Pubblicata in Gazzetta UE 24 luglio 1992, n. 209.

²² Pubblicata in Gazzetta UE 9 agosto 1993, n.199.

medesima disposizione, tesa a garantire l'attivazione di un meccanismo di valutazione dell'anomalia in contraddittorio, senza eccezioni di sorta: "Se, per un determinato appalto, talune offerte presentano carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione, prima di poter eventualmente respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione che essa considera pertinenti e verifica detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute.

L'amministrazione può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del processo di fabbricazione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, oppure l'originalità del prodotto proposto dall'offerente"²³.

Al termine del periodo transitorio, andato a scadere, come più volte accennato, il 31 dicembre 1992, l'unico sistema di valutazione delle offerte anormalmente basse rimaneva quello basato sulla verifica in contraddittorio, senza alcuna possibilità, neppure eccezionale, di poter disporre l'esclusione automatica.

In effetti, l'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109²⁴ - legge quadro in materia di lavori pubblici - nella sua versione originaria, non prevedeva alcuna disciplina specifica delle offerte anomale: la lacuna veniva comunemente colmata con l'applicazione, in tale materia, del D. Lgs. n. 406/91 e della legge n. 14/73²⁵.

Dopo una serie di decreti legge non convertiti, il D.L. 3 aprile 1995, n. 101²⁶ introduceva all'articolo 21 della legge n. 109/94 il comma 1 bis²⁷.

La nuova disciplina per la valutazione delle offerte anomale si presentava a doppio binario, poiché il comma 1 bis dell'articolo 21 prevedeva due distinte procedure per la valutazione dell'anomalia, ciascuna di esse applicabile in via esclusiva a determinate categorie di appalti, tali per cui:

1) nel caso di lavori di importo pari o superiore a cinque milioni di ECU, da aggiudicarsi con il sistema del prezzo più basso, l'amministrazione doveva valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che avessero presentato un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le

²³ L. CANALE, *La direttiva 92/50 CEE in materia di appalti pubblici di servizi*, in *Quad. reg.*, 1992, p. 835. M. MENSI, *La direttiva 92/50 CEE del 18 giugno 1992 sugli appalti pubblici di servizi – Prime valutazioni nel quadro degli istituti introdotti dalla normativa comunitaria*, in *Nuova rass.*, 1993, p. 400. G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 20.

²⁴ In G.U. 19 febbraio, n. 41.

²⁵ A. RALLO, *Considerazioni in tema di offerte anomale: spunti per una lettura critica dell'articolo 21, legge n. 109 del 1994*, in *Riv. trim. app.*, 1994, p. 817.

²⁶ Norme urgenti in materia di lavori pubblici, in G.U. 3 aprile, n. 78 - Decreto convertito con modificazioni in legge 2 giugno 1995, n. 216. Per alcune riflessioni dottrinali, cfr. R. FIGUERA, *Gli appalti pubblici tra la "legge Merloni" e la disciplina dettata in materia dalle direttive comunitarie*, in *Mondo giud.*, 1996, p. 518; C. DE ROSE, *La "Merloni bis" sulle opere pubbliche (L. 2 giugno 1995 n. 216): principali aspetti innovativi e loro compatibilità comunitaria*, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1093.

²⁷ Comma successivamente sostituito dall'articolo 7 della legge 18 novembre 1998, n. 415 e modificato dall'articolo 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166.

offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto aritmetico dei ribassi percentuali che superavano la predetta media. In tal caso le giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative dovevano corredare l'offerta sin dalla sua presentazione, e, solo ove queste fossero state ritenute insufficienti, il concorrente era chiamato ad integrare i documenti giustificativi, potendosi pervenire all'esclusione solo all'esito di questa ulteriore verifica, in contraddittorio;

2) nel caso di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione procedeva invece all'esclusione automatica delle offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito per gli appalti di lavori sopra soglia, salvo che il numero delle offerte valide fosse inferiore a cinque²⁸;

3) veniva dettata una disciplina di carattere transitorio diretta a regolare la fase di immediata applicazione del nuovo sistema di valutazione, ai sensi della quale, fino al 1 gennaio 1997, dovevano essere escluse, sia per gli appalti sopra soglia sia per gli appalti sotto soglia, le offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso superiore di oltre un quinto alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse²⁹.

Per quanto riguarda le procedure di affidamento degli appalti di forniture e servizi, sopra e sotto soglia, l'unico sistema di valutazione dell'anomalia delle offerte rimaneva quello in contraddittorio: il D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358³⁰ e il D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157³¹ non contemplavano sistemi di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

²⁸ La disposizione non ha mancato di alimentare dissensi, poiché, come correttamente ha osservato il T.A.R. Veneto, sez. I, la normativa comunitaria (direttiva 89/440/CEE e direttiva 97/37/CEE) aveva previsto la possibilità dell'esclusione automatica nelle sole procedure che si fossero concluse con l'aggiudicazione definitiva al più tardi il 31 dicembre 1992 (sent. n. 487 del 24 febbraio 1997). Sul punto: M. ZOPPOLATO, *L'esclusione delle offerte anomale negli appalti di lavori pubblici ed i termini di adeguamento alle direttive di coordinamento*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1998, p. 200; A. IANNOTTA, *La disciplina dell'anomalia dell'offerta nelle più recenti disposizioni normative*, in *Contratti Stato*, 1996, p. 225; M. FRONTONI, *Discrezionalità amministrativa ed esclusione delle offerte anomale*, in *Riv. amm.*, 1996, p. 387.

²⁹ Per il periodo successivo al 1 gennaio 1997, la percentuale è stata fissata con D.M. 28 aprile 1997 per l'anno 1997 e con D.M. 18 dicembre 1997, per l'anno 1998. Sul punto D. GALLI – C. GUCCIONE, *Il regime transitorio delle offerte anomale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 531.

³⁰ Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, in *Supplem. Ordinario n. 104 alla G.U. 11 agosto, n. 188*. In argomento: A. VISONI, *Procedure per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici e di pubbliche forniture – considerazioni sul d. lgs. n. 358 del 24 luglio 1992*, in *Nuova rass.*, 1992, p. 2397; S. BANDINI, *Prima lettura del d. lgs. 24 luglio 1992 n. 358 e della direttiva CEE n. 93/36 – Disciplina degli appalti pubblici di forniture*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, p. 918; P. SIMONE, *La disciplina comunitaria degli appalti pubblici di forniture*, in *Edilizia e urb.*, 1995, p. 1091; U. REALFONZO, *Influenza del diritto comunitario in materia di appalti di forniture e servizi*, in *Urb. e app.*, 1996, p. 1205.

³¹ Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, in *Supplem. ordinario n. 52 alla G.U. 6 maggio, n. 104*. N. RANGONE, *La nuova disciplina degli appalti di servizi: dalla direttiva CEE 92/50 al decreto legislativo 157/95*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, p. 666; G. GRECO, *Gli appalti*

In particolare, l'articolo 16 del D. Lgs. n. 358/92, nella sua versione originaria, facoltizzava l'amministrazione, in caso di prezzo "manifestamente e anormalmente basso rispetto alla prestazione", a "chiedere all'offerente le necessarie giustificazioni", alla luce delle quali poteva rigettare l'offerta con provvedimento motivato. Successivamente, il D. Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402³² ha apportato modificazioni ed integrazioni al D. Lgs. n. 358/92, in attuazione delle direttive 93/36/CEE e 97/52/CE, e la disciplina dell'articolo 16, trasfusa nel nuovo articolo 19, è stata arricchita e coordinata con quella dettata per gli appalti di servizi; più precisamente, i commi 2, 3 e 4 dell'articolo 19 assoggettavano alla verifica dell'anomalia - consistente nella richiesta, per iscritto, di precisare gli elementi costitutivi dell'offerta ritenuti pertinenti - tutte le offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso superiore di un quinto alla media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse.

Parallelamente, l'articolo 25 del D.Lgs. n. 157/95, prevedeva che, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in caso di offerte anormalmente basse rispetto alle prestazioni richieste, l'amministrazione chiedesse precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta ritenuti pertinenti e li verificasse tenendo conto delle spiegazioni ricevute dall'offerente; alla verifica venivano assoggettate le offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso superiore di un quinto alla media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse.

Per quanto concerne gli appalti di servizi, è da notare che questo regime differenziato ha superato il vaglio della Corte Costituzionale ed ha arginato la forza espansiva della disciplina dettata per gli appalti pubblici di lavori.

Nel primo senso, la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla regione Lombardia per supposto contrasto con gli articoli 11 e 77 della Costituzione, è sfociata nella sentenza 29 aprile 1996, n. 132, con la quale la Consulta ha escluso che la previsione di cui all'articolo 25 si ponesse in contrasto con il divieto, stabilito dalle norme comunitarie, di esclusione automatica delle offerte. La regione Lombardia sosteneva, in particolare, che l'articolo 25 del D. Lgs. n. 157/95, in contrasto con la delega attribuita con l'articolo 11, lettera d), della legge 22 febbraio 1994, n. 146³³, per definire i criteri di esclusione delle offerte anomale in attuazione della disciplina comunitaria, avrebbe trasformato la facoltà delle stazioni appaltanti di respingere le offerte anormalmente basse, prevista dall'articolo 37 della direttiva 92/50/CEE, in un onere di esclusione, fissando un limite tassativo di

pubblici di servizi, in *Riv. it. dir. pub. Com.*, 1995, p. 1285; R. BARBERIS, *La normativa comunitaria in materia di aggiudicazione di pubblici servizi. Ambito di applicazione oggettivo e procedure di scelta del contraente*, in *Riv. amm.*, 1995, p. 58; A. CAROSI, *Modalità e criteri di affidamento degli appalti di servizi sotto e sopra la soglia: bando, selezione e aggiudicazione*, in *Appalti, urb. edil.*, 1999, p. 3; A. GRAZIANO, *Gli appalti di servizi aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa e le offerte anomale: le ragioni di un contrasto giurisprudenziale*, in *Foro amm.*, 2000, p. 2082.

³² In G.U. 24 novembre, n. 275.

³³ Recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 1993), in *Supplem. ordinario alla G.U.* 4 marzo 1994, n. 52.

configurazione del carattere anomalo dell'offerta, determinandolo in una percentuale di ribasso superiore di un quinto alla media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse. La Corte Costituzionale, correttamente, ha statuito che *"la percentuale di ribasso prevista dall'art. 25, comma 3, del decreto legislativo n. 157 del 1995 non costituisce una soglia di esclusione automatica delle offerte, ma un criterio predeterminato di doverosa attivazione della procedura di verifica [in contraddittorio] che sempre consente di affidare l'appalto alle condizioni più vantaggiose per l'amministrazione, compatibili con la oggettiva serietà dell'offerta"*³⁴.

Nel secondo senso, il Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi sulla inapplicabilità della disciplina di cui al comma 1 *bis* dell'articolo 21 della legge n. 109/94 agli appalti pubblici di servizi, norma che *"attiene esclusivamente agli appalti in materia di opere pubbliche di importo inferiore alla soglia comunitaria [...] per nulla attinente al caso in esame"*³⁵.

Sin dalla sua introduzione, comunque, il comma 1 *bis* dell'articolo 21 della legge n. 109/94 ha destato forti perplessità e dubbi di legittimità, in virtù della chiara censura emessa dalla Corte di Giustizia con la sentenza 22 giugno 1989, C-103/88. Per tali motivi, con due successive ordinanze di rimessione³⁶ il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna ha sollevato, in riferimento agli articoli 97 e 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 21, comma 1 *bis* della legge n. 109/94³⁷.

A parere del Giudice rimettente, la norma denunciata, nello stabilire che negli appalti da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, fino al 1 gennaio 1997, sarebbero state escluse dagli appalti di lavori pubblici di importo superiore ed inferiore alla soglia comunitaria, le offerte che avessero presentato una percentuale di ribasso superiore di oltre un quinto alla media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse, si sarebbe posta in contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, enunciato dall'articolo 97 della Costituzione. L'applicazione del criterio di esclusione automatica delle offerte anomale, infatti, *"impedirebbe in modo assoluto di fruire del prezzo più vantaggioso e di realizzare gli obiettivi dell'amministrazione con il minor sacrificio economico"* e *"sarebbe inoltre suscettibile di provocare effetti distorsivi, rendendo possibile interferire in un*

³⁴ G. SANTI, *Le «anomalie» fra esclusione automatica e contestazione analitica nella disciplina di recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (Nota a Corte costit., 29 aprile 1996, n. 132, Reg. Lombardia)*, in *Regioni*, 1996, p. 974.

³⁵ Consiglio di Stato, sezione V, 23 agosto 2004, n. 5570:

³⁶ Ord. 25 luglio 1996 e ord. 25 giugno – 3 ottobre 1996.

³⁷ Ma non mancavano voci discordanti in giurisprudenza: secondo il T.A.R. Bari - Puglia il criterio di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sottosoglia, previsto dall'articolo 21 comma 1 *bis* della legge n. 109/94, era da reputarsi ragionevole e non contrastante con i principi di cui all'articolo 97 della Costituzione, poiché si tratta di un meccanismo che *"garantisce l'imparzialità della p.a., eliminando i profili di discrezionalità tecnica esercitabile e tutela altresì la trasparenza economica delle offerte che vengono valutate alla stregua di presunzioni di congruità poste con atto regolamentare, non manifestamente irragionevoli"* (sent. 3 settembre 1997, n. 619).

meccanismo i cui valori sono determinati dalle imprese, le quali, accordandosi nella presentazione delle offerte, potrebbero menomare ingiustamente la posizione di chi non partecipa all'accordo e presenta un'offerta con un prezzo inferiore". Inoltre, l'irragionevolezza del meccanismo di esclusione automatica comporterebbe anche la violazione dell'articolo 3 della Costituzione per l'ingiustificata disparità di trattamento tra offerte ammesse ed offerte escluse, "essendo incongruo ed iniquo il criterio della loro differenziazione".

La Corte Costituzionale, previa riunione dei giudici, si è pronunciata sulle due questioni di legittimità costituzionale con sentenza del 5 marzo 1998, n. 40.

In questa occasione, il Giudice delle leggi, pur ammettendo che anche la disciplina dei procedimenti amministrativi deve essere improntata al principio di buon andamento, quindi coerente e congrua rispetto al fine che si vuol perseguire, ha rilevato che risponde al pubblico interesse *"anche evitare che un ribasso eccessivo sia significativo di un'offerta non affidabile e ponga a rischio, nella esecuzione della prestazione, l'esatto o il tempestivo adempimento"*; secondo la pronuncia della Corte, per gli appalti che non rientrano nella disciplina comunitaria (lavori sotto soglia), l'esigenza di garantire la serietà dell'offerta può essere perseguita anche con modalità diverse da quella rappresentata dalla richiesta e successiva valutazione delle giustificazioni sugli elementi significativi del prezzo. In particolare, la norma in oggetto, a parere della Corte, esclude la discrezionalità dell'amministrazione, restringendo la scelta del prezzo più basso in una fascia delimitata secondo un criterio predeterminato, nel cui ambito si presume che l'offerta sia affidabile; del resto, si tratta di una disciplina che riguarda esclusivamente appalti di minore importo, per i quali una più complessa procedura di analisi delle offerte è considerata eccessivamente onerosa rispetto al beneficio che deriverebbe dal minor prezzo eventualmente ottenibile e tale da rendere meno tempestiva l'aggiudicazione dei lavori. In tale contesto, la scelta del Legislatore non è apparsa palesemente arbitraria né incoerente o incongrua rispetto al fine.³⁸

Appena due mesi dopo la pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 40/1998, il Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse negli appalti di lavori sotto soglia, con una lunga ed articolata sentenza³⁹, che, nell'obiettivo di risolvere

³⁸ Per una nota critica alla sentenza della Corte Costituzionale n. 40 del 5 marzo 1998, vd. *"Il criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse di cui all'art. 21, comma 1 bis, della legge n. 109 del 1994 (e successive modifiche) supera il vaglio della Corte Costituzionale"*, di M. BELLA e A. VARLARO SINISI, in *Giust. Civ.*, 1998, 6, 1503. La sentenza è pubblicata altresì in *Riv. Giur. Quad. pubb. Serv.*, 1998, , 81, con nota di L. MACERONI *"In materia di costituzionalità del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale"*. Le medesime conclusioni della sentenza n. 40/1998 sono altresì rinvenibili nell'ordinanza 30 giugno 1998, n. 258; nell'ordinanza 14 dicembre 1998, n. 442; nell'ordinanza 11 marzo 1999, n. 74.

³⁹ Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 226.

un problema di diritto intertemporale⁴⁰, ha ricostruito il quadro normativo di riferimento, sebbene con le innegabili difficoltà dovute alla successione e sovrapposizione di numerose regole di derivazione comunitaria e nazionale, anche di livello *sub* primario.

Nella citata pronuncia, il Consiglio di Stato ha considerato preliminarmente che *“In termini generali, ogni razionale disciplina delle offerte anomale (o anormalmente basse) tende al contemperamento di due diversi interessi contrapposti: da un lato si pone l'opportunità di assicurare all'amministrazione l'aggiudicazione del contratto al prezzo più basso; dall'altro lato si colloca l'esigenza di impedire che offerte troppo esigue, apparentemente idonee a realizzare il maggiore risparmio di spesa, risultino in concreto poco convenienti per l'amministrazione, determinando irregolarità e ritardi nell'esecuzione dei lavori e alimentando un contenzioso ampio e costoso”*.

Se ciò è vero, *“è però possibile che alcuni concorrenti si determinino a presentare offerte, non rispondenti alla normale logica del mercato, obiettivamente inadeguate a coprire i costi, destinate ad alterare la fisiologica dinamica concorrenziale e a penalizzare proprio gli operatori più affidabili”*; pertanto, *“La generica esigenza di non ammettere alle gare le offerte anomale, al fine di garantire il corretto giuoco concorrenziale, può realizzarsi attraverso due procedure antitetiche: l'una, discrezionale, affida all'amministrazione il compito di stabilire se la singola offerta, pur inferiore a determinati limiti, è economicamente adeguata a garantire il normale profitto per l'impresa; l'altro procedimento, vincolato od automatico, comporta che tutte le offerte al di sotto di un certa soglia sono, perciò solo, escluse dalla selezione, senza alcuna possibilità di verificare la giustificazione tecnica del prezzo proposto*.

I due sistemi presentano vantaggi ed inconvenienti. Il metodo discrezionale, appare più "garantisca" e consente, se ben applicato, di consentire notevoli risparmi all'amministrazione, premiando al tempo stesso le imprese più evolute. Ma si tratta di un procedimento costoso, che esige una adeguata organizzazione tecnica dell'amministrazione e determina un certo appesantimento della procedura. Inoltre, la discrezionalità dell'amministrazione introduce il rischio di abusi, particolarmente accentuato, ove si consideri la difficoltà di operare un penetrante controllo di legittimità su giudizi squisitamente tecnici. In ogni caso, anche mettendo da parte le possibili evenienze patologiche, le determinazioni assunte dall'amministrazione sembrano idonee ad alimentare un notevole contenzioso originato dalle contestazioni sull'ammissione (o sull'esclusione) di determinati concorrenti.

⁴⁰ Ovvero, quale fosse la disciplina applicabile alle offerte anomale presentate nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti di lavori infracomunitari, svolte, in tutto o in parte, nel periodo compreso tra il 2 gennaio 1997 (epoca a partire dalla quale non era più operante la disciplina transitoria fissata dal comma 1 *bis* dell'articolo 21 della legge n. 109/94) e il 23 maggio 1997 (data di entrata in vigore del D.M. 28 aprile 1997 – vd. nt. 17).

Il sistema di esclusione automatica permette una notevole semplificazione della procedura di aggiudicazione ed elimina in radice una fonte di contenzioso. Peraltro, impedisce di prendere in considerazione offerte convenienti. Inoltre, soprattutto quando la soglia di anomalia è determinata attraverso criteri svincolati dalle concrete caratteristiche dell'appalto, potrebbe esporre al rischio di pratiche distorsive, caratterizzate dalla presentazione di offerte compiacenti destinate ad influire sul calcolo del limite di esclusione".

Il punto di equilibrio tra le esigenze in discorso è stato variamente individuato dal Legislatore, nel corso della complessa evoluzione sopra descritta.

Il Consiglio di Stato si è soffermato, in particolare, sulla disciplina di cui all'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109⁴¹, rilevando che *"Detta disposizione risulta chiaramente ispirata al principio dualistico, o del doppio binario, basato sulla previsione di due distinte e alternative procedure di valutazione delle offerte anomale, ciascuna delle quali è applicabile, in modo esclusivo, ad una determinata categoria di appalti"*.

Nonostante i dubbi interpretativi suscitati dalla nuova disciplina, a parere del Consiglio di Stato il sistema delineato dal Legislatore appariva incentrato su precisi principi informatori, così sintetizzabili:

"Viene affermata, in modo chiaro e generalizzato, la regola essenziale della esclusione delle offerte anomale, quale che sia l'importo dei lavori, attraverso una disciplina che appare destinata a regolare in modo sistematico e tendenzialmente completo l'intera materia.

Il limite dell'anomalia delle offerte viene individuato secondo identici criteri di riferimento in tutti gli appalti di lavori [...].

In relazione al valore dell'appalto, si applicano, tuttavia, due discipline diverse e contrapposte: I) per i contratti sotto la soglia comunitaria opera la regola dell'esclusione automatica; II) per i contratti sopra la soglia comunitaria vale invece l'opposta normativa incentrata sul procedimento di verifica in contraddittorio".

Il Consiglio di Stato, quindi, ha contestato (contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di prime cure) che il procedimento di verifica in contraddittorio costituisca la disciplina generale ed ordinaria delle offerte, mentre la diversa procedura di esclusione automatica introdurrebbe una disciplina eccezionale o quanto meno "speciale", come tale inidonea ad esprimere i principi informatori della materia, sia pure limitatamente agli appalti infracomunitari, laddove ha statuito che *"..i due sistemi di valutazione delle offerte anomale non solo risultano autonomi e distinti, ma sono considerati dal legislatore su un piano di sostanziale "equiordinazione", riguardando ipotesi nettamente differenziate"*; ed è giunto a sostenere che la disciplina dell'esclusione automatica, limitatamente agli appalti infracomunitari, è espressione di una regola generale e non già di una deroga o di una eccezione, la

41 Come novellato dal decreto legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216, che ha introdotto nel corpo dell'articolo 21 il comma 1 bis.

quale non va intesa in senso restrittivo, ma possiede, al contrario, una chiara attitudine espansiva, idonea, in determinate condizioni, a colmare eventuali lacune dell'ordinamento.

La ragionevolezza della nuova normativa sarebbe derivata dalla circostanza che, per gli appalti soggetti alla disciplina comunitaria, il Legislatore nazionale era incondizionatamente vincolato a dettare regole pienamente conformi alle previsioni contenute nelle apposite direttive in materia di appalti di lavori, le quali hanno ripetutamente affermato il principio della verifica in contraddittorio, consentendo solo eccezionali deroghe di carattere temporaneo; mentre, al contrario, per gli appalti infracomunitari, il Legislatore (tenendo conto anche delle peculiarità di tale settore del mercato, nel quale, solitamente, non operano le imprese di dimensione europea, ma, prevalentemente, piccoli nuclei produttivi di rilievo locale) ha ritenuto meritevole di specifica protezione l'esigenza di semplificare il procedimento di esclusione delle offerte anomale, garantendo la celerità della realizzazione delle opere.

In questa prospettiva, sempre a parere del Consiglio di Stato, la disciplina incentrata sull'automatismo muove da diverse premesse giustificative:

A) Nelle gare relative agli appalti di minore importo si realizza, inevitabilmente, una più ampia partecipazione di concorrenti. E poiché entrano in gioco anche le cosiddette imprese marginali, dotate di minori requisiti di affidabilità tecnica ed economica, cresce il rischio della presentazione di offerte anomale.

B) In ogni caso, occorre considerare che tanto più è elevato il numero dei concorrenti, tanto maggiore è, sul piano puramente quantitativo, la probabilità che molte offerte superino la soglia dell'anomalia. Ne consegue l'assoluta inopportunità della verifica in contraddittorio, la quale, se resa obbligatoria, determinerebbe un notevole appesantimento della procedura.

C) L'attribuzione di un accentuato potere discrezionale all'amministrazione (sproporzionato in relazione all'entità dell'opera), oltre a comportare accentuati rischi di abusi o, quanto meno di inadeguatezza obiettiva dei giudizi, aumenta notevolmente la probabilità di un diffuso contenzioso, originato dalle controversie sulla legittimità dell'ammissione o dalla mancata ammissione di determinati concorrenti, con evidenti e gravi, ripercussioni sui tempi della concreta esecuzione dell'opera, ritardata per effetto di provvedimenti di autotutela dell'amministrazione o di misure cautelari giurisdizionali.

D) La valutazione delle offerte anomale attraverso il peculiare procedimento di verifica in contraddittorio implica un apprezzamento di notevole complessità, esigendo particolari misure organizzative da parte delle varie amministrazioni e delle singole unità responsabili del procedimento di scelta del contraente, non sempre adeguate alla concreta importanza dell'appalto: si pensi alla necessità di integrare sempre la commissione di gara con qualificati esperti della materia anche

nei casi in cui l'aggiudicazione al prezzo più basso potrebbe rendere superflua la stessa formazione di un organo collegiale⁴².

4. *Il contenzioso che ha originato la pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia CE 15 maggio 2008, n. 147.*

La questione oggetto del presente lavoro è stata affrontata, successivamente, in un contenzioso molto interessante - soprattutto per le argomentazioni svolte dall'amministrazione aggiudicatrice - che ha dato luogo alla trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia CE per l'interpretazione dell'articolo 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

La vicenda ha avuto inizio nel dicembre 2002, quando il Comune di Torino indiceva una gara per l'affidamento, in base al criterio del maggior ribasso, di un appalto di lavori di importo pari ad € 4.699.999,00 (IVA inclusa), quindi, inferiore alla soglia comunitaria, fissata in 5.000.000,00 DSP (equivalente in euro, a quella data: 6.242.028,00). Nel bando si stabiliva che si sarebbe proceduto con l'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia. Tuttavia, con successiva deliberazione della Giunta comunale, il Comune di Torino mutava indirizzo, provvedendo alla disapplicazione dell'articolo 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94, nella parte in cui prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, e fissando, con prescrizione di carattere generale, l'applicazione del criterio della verifica in contraddittorio di cui alla direttiva 93/37/CEE anche per gli appalti inferiori alla soglia comunitaria. Seguiva la revoca delle modalità di aggiudicazione precedentemente bandite ed il rinnovo della procedura, alla luce della delibera della Giunta.

Quali le motivazioni di un tale ripensamento?

La Giunta di Torino aveva preso atto della concreta inidoneità del criterio normativo dell'esclusione automatica ad orientare il settore dell'evidenza pubblica infracomunitario verso un'efficiente regolazione del fenomeno delle offerte anomale; l'organo civico aveva osservato che il carattere rigido del criterio, ispirato da istanze acceleratorie e di trasparenza, aveva finito per agevolare pratiche collusive tra le imprese, in ordine al prezzo o alla serie limitata di prezzi da offrire in sede di gara, così da condizionare *ex ante* l'esito della procedura. In passato, infatti, si era registrata la massiccia presentazione di offerte pressoché omogenee, differenziate tra loro per scarti percentuali infinitesimali e crescente era stato il numero delle denunce alla Magistratura penale.

⁴² Per un commento della sentenza, cfr. S. SANTI, *Disciplina delle offerte anomale negli appalti sotto la soglia comunitaria in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, p. 515.

La suddetta pratica distorsiva, oltre a recare danno all'amministrazione aggiudicatrice, nuoceva in particolar modo alle imprese non italiane (non in grado di conoscere con esattezza la realtà dei prezzi nazionali).

La Giunta comunale ha così ritenuto, sulla base del preteso contrasto tra la previsione nazionale e la normativa comunitaria, di poter procedere alla disapplicazione della regola dell'esclusione automatica per tutti i bandi relativi agli appalti sotto la soglia comunitaria, dimostrando di aderire al risalente insegnamento della Corte di Giustizia CE (sentenza 22 giugno 1989, in causa C-103/88, già citata). Il contrasto si riteneva esistente giacché, nonostante le direttive concernenti gli appalti pubblici non si applicassero a quelli di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti erano comunque tenute a rispettare i principi fondamentali di diritto dell'Unione europea, tra i quali vanno annoverati quelli di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e non discriminazione⁴³. Inoltre, il Comune osservava come ogni sistema di medie aritmetiche che conducesse all'esclusione o all'aggiudicazione automatica fosse incompatibile con il diritto comunitario, come confermato dall'indirizzo della giurisprudenza comunitaria formatosi in relazione alla disciplina recata dalla precedente direttiva (Direttiva 71/305/CEE, articolo 29, par. 5).

All'esito dell'apertura delle offerte economiche, la S.e.c.a.p. S.p.A. risultava la prima delle "non anomale"; l'offerta sospettata di anomalia, presentata da un'ATI concorrente veniva sottoposta a verifica di congruità, ed avendola superata (ancorché suscettibile, in teoria, di esclusione automatica) veniva dichiarata aggiudicataria in via provvisoria.

La S.e.c.a.p. decideva di tutelare i propri interessi dinanzi al TAR del Piemonte, chiedendo l'annullamento degli atti della procedura e denunciando la violazione dell'articolo 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94, che prevedeva l'obbligo tassativo, per le stazioni appaltanti, di procedere all'automatica esclusione delle offerte che avessero superato la soglia dell'anomalia negli appalti infracomunitari, non lasciando spazio alcuno alla discrezionalità delle amministrazioni indicenti in ordine alla possibilità di procedere, in deroga alla citata previsione, alla verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse. A parere dell'impresa ricorrente, il contrasto con la normativa comunitaria non era nemmeno ipotizzabile, poiché l'ordinamento comunitario si interessa solo dei casi che rientrano nella sua competenza (appalti sopra soglia).

Il TAR Piemonte, ritenendo di aderire all'articolata ricostruzione del Comune di Torino, respingeva il ricorso proposto dalla S.e.c.a.p. S.p.A.⁴⁴, fornendo tuttavia un'opinabile interpretazione del comma 1 *bis* dell'articolo 21, basata sul tenore letterale della norma; secondo l'organo giudicante, la parola "deve", riferita alla

⁴³ Si tratta di un noto insegnamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia CE, per il quale si cita, a titolo esemplificativo, la sentenza del 7 dicembre 2000, C - 324/98, "Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG".

⁴⁴ T.A.R. Piemonte, sez. II, 14 luglio - 11 ottobre 2004, n. 2190

condotta dell'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito della valutazione delle offerte anomale negli appalti di rilievo comunitario, era indice di un obbligo ineludibile. Al contrario, laddove il legislatore usava il vocabolo "procede all'esclusione automatica", lo aveva fatto per indicare una mera facoltà dell'amministrazione, che non necessariamente "deve procedere". Nel formulare tale conclusione, il TAR Piemonte rinviava alla pronuncia della Corte Costituzionale già esaminata (e alle altre di simile tenore), secondo la quale l'esclusione automatica delle offerte, intesa come norma semplificatrice, non costituisce principio fondamentale ed inderogabile⁴⁵.

La soluzione ermeneutica adottata dal TAR Piemonte non ha però trovato consensi presso il Consiglio di Stato, dove la vicenda è approdata a seguito del ricorso in appello proposto dalla S.e.c.a.p. S.p.A.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 489 del 25 ottobre 2005 – 7 febbraio 2006, ha ripudiato nettamente la tesi della facoltatività del meccanismo dell'esclusione automatica, ancorata alle *"soggettive preferenze teleologiche dell'interprete piuttosto che ad un obiettivo dato positivo"*, condividendo la cornice teorica entro cui la Giunta comunale aveva inserito la delibera in contestazione.

Ciò nondimeno, il Consiglio di Stato, ai fini della propria decisione, ha ritenuto di dover trasmettere gli atti della causa alla Corte di Giustizia CE, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato, per comprendere:

- se la regola stabilita dal paragrafo 4 dell'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE, o quella analoga recata dai paragrafi 1 e 2 dell'articolo 55 della direttiva 2004/18/CE (*medio tempore* emanata), secondo cui, qualora le offerte appaiano anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poterle rifiutare, ha l'obbligo di richiedere, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e di verificare detta composizione, assurga o meno a principio fondamentale del diritto comunitario;
- se, in caso di risposta negativa al precedente quesito, la regola sopra descritta, pur non presentando le caratteristiche di un principio fondamentale del diritto comunitario sia o meno un corollario implicito o un "principio derivato" del principio di concorrenza, considerato in coordinamento con quelli della trasparenza amministrativa e della non discriminazione, e quindi, come tale sia dotato o meno di immediata vincolatività e di forza prevalente sulle normative interne eventualmente difformi, dettate dagli Stati membri per disciplinare gli appalti di lavori pubblici esulanti dal campo di diretta applicabilità del diritto comunitario.

⁴⁵ Le argomentazioni del T.A.R. Piemonte sono state riprese ed avallate anche dall'Autorità per i Lavori Pubblici, la quale, con determinazione del 22 giugno 2005, n. 6, è giunta ad affermare che *"per gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria sussiste un potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici di procedere con la valutazione della congruità delle offerte anomale in contraddittorio in luogo dell'esclusione automatica delle medesime, non costituendo l'esclusione automatica un principio fondamentale ed inderogabile, ma solo una regola di semplificazione delle attività delle amministrazioni aggiudicatrici"*. In dottrina, cfr. P. DELLA PORTA, *Esclusione dell'offerta anomala: legalità e azione amministrativa*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, p. 642.

L'esito del rinvio pregiudiziale sarà esaminato nel prosieguo.

5. *Le direttive uniche 2004/17/CE e 2004/18/CE e la comunicazione interpretativa della Commissione dell'Unione Europea.*

Nello scenario sopra descritto si sono innestate, a livello comunitario, le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004⁴⁶, relative al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, ed al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, che raccolgono in un unico contesto la disciplina relativa agli appalti di lavori, servizi e forniture sopra soglia⁴⁷.

Dovendo, per semplicità, limitare l'indagine alla direttiva 2004/18/CE, troviamo le disposizioni relative alla valutazione delle offerte anormalmente basse all'articolo 55 della direttiva, ai sensi del quale:

“Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione.

Dette precisazioni possono riguardare in particolare:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;*
- b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;*
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;*
- d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;*
- e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.*

⁴⁶ In Gazzetta U.E. 30 aprile 2004, n. 134.

Si segnala una selezione di dottrina: AA.VV., *Guida alle nuove direttive appalti*, Milano, 2004; C. LACAVA - L. FIORENTINO - A. NOBILE - G. PASQUINI - R. SCREPANTI, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004; M.S. SABBATINI, *Le direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e "grandi opere": un riordino "in itinere"*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 335; L. GIURDANELLA - G. CAUDULLO, *La direttiva unica appalti: guida alla direttiva 2004/18 in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, Napoli, 2004; M. PROTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2004, n. 7.

⁴⁷ Le soglie sono indicate all'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE e sono pari a 133.000,00 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b) terzo trattino del medesimo articolo 7, aggiudicati dalle amministrazioni che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV; 206.000,00 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni diverse da quelle indicate nell'allegato IV; 5.150.000,00 euro per gli appalti pubblici di lavori.

Per quanto riguarda i settori speciali, le soglie sono indicate all'articolo 16 della direttiva 2004/17/CE.

L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite".

Come è agevole notare, il principio cardine della valutazione rimane quello della verifica in contraddittorio dell'anomalia, mentre non v'è traccia, neanche a titolo di eccezione, di criteri automatici di esclusione.

Ma v'è di più: come osservato dal Consiglio di Stato nella pronuncia da ultimo descritta, la direttiva 2004/18/CE, al secondo "considerando", recita: *"l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti e assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato".*

Sulla stessa scia si pone la comunicazione interpretativa della Commissione dell'Unione europea relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (2006/C 179/02⁴⁸). La comunicazione riguarda, per quanto interessa, gli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, fornisce chiarimenti sull'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e suggerisce alcune buone pratiche per aiutare gli Stati membri a sfruttare i vantaggi del mercato interno. La Commissione ribadisce che le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco. Ma il passaggio della comunicazione che ai nostri fini risulta più interessante, è quello in cui si afferma che *"le norme derivanti dal trattato CE si applicano soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno"*; la Commissione richiama l'indirizzo della Corte di Giustizia espresso nella causa C – 231/03 Coname, con sentenza del 21 luglio 2005, secondo cui, a causa di circostanze particolari (quali un valore economico dell'appalto molto limitato),

⁴⁸ In Gazzetta UE C 179/2 1 agosto 2006.

un'impresa con sede in un altro Stato membro potrebbe non avere interesse all'aggiudicazione, e, in tal caso, gli effetti sulle libertà fondamentali dovrebbero essere considerati troppo aleatori e indiretti per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario della Comunità.

Spetterebbe così, argomenta la Commissione, alle singole amministrazioni aggiudicatrici, decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri, valutando le circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto. Alla luce di tale verifica, se la stazione appaltante dovesse ritenere che l'appalto è di interesse transfrontaliero, dovrà aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario⁴⁹.

6. *Il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*

Seppure con ritardo, con il D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163⁵⁰ - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - il Legislatore italiano ha dato attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, confermando la regola dell'esclusione automatica negli appalti sotto soglia ma apportando, al tempo stesso, una innovazione nella materia *de qua* che non si era sino a quel momento mai osata.

Ma andiamo con ordine.

⁴⁹ Per approfondimenti, cfr. C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I, Torino, 2007, p. 25.

⁵⁰ In Supplem ordinario n. 107/L alla G.U. 2 maggio 2006. Per una panoramica della nuova normativa: R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici: le principali novità recate dal codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi, forniture*, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Roma, 2007; MASI, *Ancora in tema di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici. Le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163) in materia di offerte anomale*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 7-8, p. 2414; A. MASSARI – M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006; AA. VV. (a cura di C. GIURDANELLA), *Il codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2006; AA. VV. (a cura di A. CANCRINI), *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi, forniture (Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163)*, Roma, 2006; A. CIRAFISI – O. PASSANTE, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, Palermo, 2006; D. CROCCO – L. M. MANDRACCHIA, *Codice contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, 2006; AA. VV. (a cura di M. SANINO), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: D.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, 2006; AA. VV. (a cura di V. CAVUOTI - S. MINIERI), *Nuovo codice degli appalti: D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163: codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Napoli, 2006; A. BARBIERO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: guida pratica al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006; L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1176.

Il Codice dedica alla materia delle offerte anormalmente basse e al procedimento per la loro verifica, gli articoli 86, 87 e 88, che di seguito si riportano, nel testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale:⁵¹

Art.86. Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse.

1. 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.

2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.

5. 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 modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

Art.87. Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse.

1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già

⁵¹ In seguito, l'articolo 86 ha subito modifiche da parte dell'articolo 1, comma 909, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successivamente, e da parte dell'articolo 8 della legge 3 agosto 2007, n. 123. L'articolo 87 ha subito modifiche da parte dell'articolo 1, comma 909, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e da parte dell'articolo 3 del D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6. L'articolo 88 ha subito modifiche da parte dell'articolo 2, comma 1, lettera r), numero 1) e numero 2) del D.Lgs.11 settembre 2008 , n. 152.

presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima.

2. Le giustificazioni di cui all'articolo 86, comma 5 e di cui all'articolo 87, comma 1, possono riguardare, a titolo esemplificativo:

a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;

b) le soluzioni tecniche adottate;

c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;

d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;

e) il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro;

f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;

g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

3. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

4. Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza per i quali non sia ammesso ribasso d'asta in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222. In relazione a servizi e forniture, nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.

5. La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione.

Art.88. Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse.

1. La richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste.

3. La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

6. La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile.

7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la esclude, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala".

Successivamente, l'articolo 122, rubricato "disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia", al comma 9, prescrive che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante possa 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'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5 (relativo alla presentazione, in sede di gara, delle giustificazioni sulle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara⁵²). La facoltà di esclusione non è tuttavia esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque, applicandosi, in tal caso, l'articolo 86, comma 3 (che permette alla stazione appaltante di valutare la congruità di qualsiasi offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa).

L'articolo 124, al comma 8 (e qui risiede l'innovazione), contiene la medesima disposizione dell'articolo 122, comma 9, questa volta per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia.

⁵² Relativamente a questo aspetto, ha avuto modo di pronunciarsi sia l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con deliberazione del 19 dicembre 2006, n. 119, sia la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Sicilia – Catania, sez. I, 8 febbraio – 2 aprile 2007, n. 594): la prima ha tenuto a precisare che nel caso in cui la stazione appaltante preveda di avvalersi del criterio dell'esclusione automatica, è illegittima la clausola del bando relativa alla richiesta, fin dalla presentazione delle offerte, delle giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara; il Tribunale siciliano ha invece evidenziato che, "trattandosi di riserva che limita il confronto concorrenziale e potenzialmente incide sulla par condicio delle imprese concorrenti, la Stazione appaltante può esercitare la procedura di esclusione automatica delle offerte ai sensi dell'art. 122 del d. lgs. 163/2006, solamente facendolo risultare dal bando inequivocabilmente, ossia con riferimento palese a tale disposizione e con altrettanto palese esclusione di ogni riferimento alle parti del procedimento disciplinate dagli artt. 86 comma 5 ed 87 ed 88 ivi richiamati, i quali sono invece rivolti alla verifica in contraddittorio degli elementi di anomalia".

Alla luce di quanto esposto appare quindi chiaro che il Codice dei contratti:

- ha trasformato l'obbligo (o il ritenuto obbligo) di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti pubblici di lavori di cui all'articolo 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94⁵³ in una mera facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice, che può discrezionalmente decidere, qualora il criterio di aggiudicazione previsto sia quello del prezzo più basso, di avvalersi di questo criterio (in luogo di quello, previsto in generale per gli appalti sopra soglia, della verifica della congruità in contraddittorio con l'offerente) prevedendolo con apposita clausola del bando;
- ha introdotto la possibilità, per le stazioni appaltanti, di avvalersi della cennata facoltà anche nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi e di forniture sotto soglia⁵⁴.

L'innovazione riportata dall'articolo 124, comma 8, del D. Lgs. n. 163/2006 desta notevoli perplessità soprattutto se si considera il parere del Consiglio di Stato – sezione consultiva per gli atti normativi, espresso nell'adunanza del 6 febbraio 2006 sullo schema del medesimo decreto legislativo, ai sensi dell'articolo 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62⁵⁵.

Nell'ambito del commento all'articolo 122, comma 9, del Codice (ma l'osservazione è valida anche per l'articolo 124, comma 8) il Consiglio di Stato ha rilevato che *"...la scelta di mantenere l'esclusione automatica in esito alle operazioni di individuazione della soglia di anomalia è stata ritenuta non rispondente alla tendenza conformativa del diritto comunitario, che propende nettamente per il mantenimento di un dialogo con le imprese concorrenti così da consentire giustificazioni a corredo dell'offerta anomala"*⁵⁶.

Non facendo proprio il parere del Consiglio di Stato, appare evidente che il Legislatore ha voluto conservare - anzi, estendere a tutti gli appalti pubblici - uno spazio di operatività al criterio dell'esclusione automatica, al fine di mantenere un meccanismo di semplificazione dei procedimenti aventi ad oggetto gli appalti sotto soglia.

7. La sentenza della Corte di Giustizia CE 15 maggio 2008, n. 147 ed il "terzo correttivo" al Codice dei contratti pubblici.

Il Codice degli appalti di cui al D.Lgs. n. 163/2006 ha nel frattempo subito alcuni aggiustamenti e modifiche, ad opera di tre successivi decreti "correttivi": il D. Lgs.

⁵³ Abrogata, unitamente al D. Lgs. n. 358/92, al D. Lgs. n. 157/95, e al D.Lgs. n. 158/95, dall'articolo 256 del Codice.

⁵⁴ Per una trattazione completa dell'argomento cfr. M. SANINO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in AA. VV., *Trattato sui Contratti pubblici*, Tomo III, Milano, 2008, p. 2428.

⁵⁵ Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004 - in Suppl. ordinario n. 76 alla G.U. 27 aprile, n. 96.

⁵⁶ Cfr. A. MASSARI, *Verso il codice dei contratti pubblici: l'analisi del Consiglio di Stato*, in *Comuni d'Italia*, 2006, fasc. 4,9.

26 gennaio 2007, n. 6⁵⁷, il D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113⁵⁸ ed il D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152⁵⁹.

È proprio su questo terzo decreto "correttivo" che occorre concentrare l'attenzione, poiché, all'articolo 1, comma 1, lettere bb) e cc), ha mostrato di tenere in debito conto le statuizioni della Corte di Giustizia CE, pronunciatasi sulle questioni pregiudiziali poste dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 489 del 25 ottobre 2005 – 7 febbraio 2006, dianzi commentata.

La Corte di Giustizia CE, con sentenza del 15 maggio 2008, n. 147, si è pronunciata sui procedimenti riuniti C-147/06 e C-148/06, con una decisione piuttosto articolata e complessa.

L'iter argomentativo muove dalla premessa relativa all'applicabilità delle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ai soli contratti sopra soglia; ma ciò non significa, ammonisce la Corte, che gli appalti sotto soglia siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, ovvero, delle norme fondamentali del trattato ed in particolare del principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

A parere della Corte, la normativa italiana, che *"in termini chiari, imperativi ed assoluti"* obbliga l'amministrazione interessata a procedere all'esclusione automatica delle offerte in base ad un criterio matematico, precludendo agli offerenti che hanno presentato offerte anormalmente basse la possibilità di dimostrare che queste ultime sono affidabili e serie, sebbene oggettiva e non discriminatoria in se stessa, *"potrebbe condurre a risultati incompatibili con il diritto comunitario qualora un dato appalto possa presentare, in considerazione delle proprie caratteristiche, un interesse transfrontaliero certo e attrarre quindi*

⁵⁷ In G.U. 31 gennaio 2007, n. 25. Per un rapido esame delle novità apportate dal primo decreto correttivo cfr. R. MANGANI, F. MARZARI E D. SPINELLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: analisi e commento delle novità in materia di appalti dopo l'emanazione del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aggiornato con i decreti Milleproroghe e Bersani, la legge finanziaria 2007 e il primo decreto correttivo*, D. Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, Milano, 2007; G. CHINE', *Il primo correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Corriere del Merito*, 2007, 4; A. CROSETTI, *La disciplina delle opere pubbliche. Aggiornato con il nuovo codice degli appalti fino al D. lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 (proroga dell'entrata in vigore del codice)*, Rimini, 2007.

⁵⁸ In Supplem. ordinario n. 173 alla G.U. 31 luglio, n. 176. Per approfondimenti: A. MASSARI, M. GRECO, *Il secondo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, Rimini, 2007; A. CANCRINI, *La nuova legge degli appalti pubblici: commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture (Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) aggiornato con il Decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113*, Roma, 2007.

⁵⁹In Supplem. ordinario n. 227 alla G.U. 2 ottobre 2008, n. 231. Sul tema: M. GRECO, *Gli appalti dopo il terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici: le novità introdotte dal d. lgs. 152/2008, le ulteriori recenti novità normative, rassegna giurisprudenziale 2008: con testo integrale del codice dei contratti pubblici coordinato con il d. lgs. 152/2008*, Maggioli, 2008; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici - commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture (Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) aggiornato con il decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152*, Roma, 2008; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Nel diritto editore, 2008.

operatori di altri Stati membri [...]. Infatti, l'applicazione agli appalti che presentano un interesse transfrontaliero certo della regola dell'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse può configurare una discriminazione indiretta, danneggiando in pratica gli operatori degli altri Stati membri che, essendo dotati di strutture dei costi diverse, potendo beneficiare di economie di scala rilevanti o desiderando ridurre al minimo i propri margini di profitto al fine di inserirsi più efficacemente nel mercato di riferimento, sarebbe in grado di presentare un'offerta competitiva e nel contempo seria ed affidabile, della quale l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe tuttavia tenere conto a causa della suddetta normativa".

Quali, allora, a parere dell'organo giudicante, i mezzi a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice (o del Legislatore nazionale o locale) per stabilire quando un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, riveste "interesse transfrontaliero certo"?

- il consistente importo dell'appalto;
- il luogo di esecuzione dei lavori;
- la tecnicità dell'appalto.

Se l'interesse transfrontaliero certo può essere configurato dal concreto atteggiarsi degli indici sintomatici appena elencati, comunque "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 [...] da eccedere la capacità amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo" che la verifica in contraddittorio potrebbe comportare.

Per tali motivazioni, dopo aver rilevato che la soglia delle cinque offerte stabilita dall'articolo 21, comma 1 *bis* della legge n. 109/94, non può essere considerata ragionevole, la Corte di Giustizia CE ha dichiarato:

"Le norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia stabilita dall'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime. Ciò non si verificherebbe nel caso

*in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione aggiudicatrice interessata, a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse*⁶⁰.

All'indomani della pronuncia della Corte, i lavori relativi alla redazione del D. Lgs. n. 152/08 si erano in un primo tempo orientati nella direzione più drastica, ovvero, quella della soppressione del comma 9 dell'articolo 122 e del comma 8 dell'articolo 124 del Codice; sicuramente questa opzione avrebbe risolto in radice ogni problema di compatibilità con l'ordinamento comunitario, ma ne avrebbe creati molteplici a quelle amministrazioni di modeste dimensioni che avrebbe dovuto avere a che fare, da allora in poi, con le verifiche in contraddittorio delle offerte sospettate di anomalia, qualunque fosse stato il loro numero.

Di conseguenza, è stata preferita una soluzione di compromesso.

I commi 9 e 8, rispettivamente, degli articoli 122 e 124 del Codice sono rimasti in vita, ma la disciplina che recavano è stata sostanzialmente modificata, in modo tale che:

- il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse negli appalti di lavori, servizi e forniture è ancora presente nel nostro ordinamento (quando il criterio dell'aggiudicazione è quello del prezzo più basso e previa menzione, da parte dell'amministrazione, nel bando di gara);
- la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di utilizzare tale criterio è ora limitata agli appalti di lavori di importo pari o inferiore ad 1.000.000,00 di euro e agli appalti di servizi o forniture di importo pari o inferiore a 100.000,00 euro;
- la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile nel caso in cui le offerte sospettate di anomalia siano meno di dieci.

Com'è agevole notare, lo spazio di operatività del meccanismo è stato notevolmente circoscritto, poiché gli appalti pubblici di lavori (sotto soglia) di importo stimato compreso tra 1.000.000,00 di euro e 5.150.000,00 di euro⁶¹ saranno d'ora in poi soggetti alla regola generale della verifica dell'anomalia in contraddittorio, e così anche gli appalti di servizi e di forniture (sotto soglia) di

⁶⁰ In argomento, R. D NICTOLIS, *L'esclusione automatica negli appalti sotto soglia "messa al bando" o "messa nel bando"?*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1065; G. BALOCCO, *La Corte CE censura il criterio di valutazione dell'anomalia nelle offerte sotto soglia*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1123.

⁶¹ Soglia stabilita dall'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE per gli appalti pubblici di lavori.

importo compreso tra 100.000,00 euro e 133.000,00 euro⁶² o tra 100.000,00 euro e 206.000,00 euro⁶³.

Inoltre, si è innalzata la soglia che rende non ammissibile il ricorso a tale meccanismo: infatti, in presenza di un numero di offerte ammesse inferiore a dieci (e non più a cinque) l'unico criterio adottabile è quello della verifica della congruità. Con il "terzo correttivo" al Codice degli appalti, quindi, il Legislatore ha mostrato di ritenere "di interesse transfrontaliero certo" gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000,00 di euro, e gli appalti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 100.000,00 euro, fissando nel numero di dieci la "soglia ragionevole" al di sopra della quale è legittimo il ricorso all'esclusione automatica.

8. *Lo schema di regolamento del Codice dei contratti pubblici.*

In data 6 novembre 2008 il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ha trasmesso al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici il nuovo schema di regolamento del Codice dei contratti pubblici, da emanarsi ai sensi dell'articolo 5 del D. Lgs. n. 163/06, aggiornato con i rilievi della Corte dei Conti⁶⁴ e con le modifiche apportate dal D. Lgs. n. 152/08.

Il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, nell'adunanza del 19 dicembre 2008 (numero del protocollo 159) ha espresso parere favorevole, sicchè nell'arco temporale di qualche mese il nuovo testo dovrebbe entrare in vigore.

La notizia è degna di rilievo ai fini della ricostruzione che ci occupa, poiché lo schema di regolamento detta precise disposizioni in tema di valutazione delle offerte anormalmente basse: all'articolo 121, per quanto riguarda gli appalti di lavori, e all'articolo 296 per quanto riguarda gli appalti di servizi e di forniture.

In particolare, sono da segnalare il comma 7 ed il comma 8 dell'articolo 121.

Il primo dispone che nel caso di lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ove il numero delle offerte sia inferiore a cinque (e non si proceda, quindi, alla determinazione della soglia di anomalia) e la stazione appaltante si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3 del Codice⁶⁵, si applicano le minuziose disposizioni dell'articolo 121 (commi da 2 a 6) relative alla verifica in contraddittorio; le stesse disposizioni si applicano anche nell'ipotesi di aggiudicazione di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria ma superiore al "tetto" fissato dall'articolo 122, comma 9 del

⁶² Soglia stabilita dall'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b) terzo trattino del medesimo articolo 7, aggiudicati dalle amministrazioni che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV.

⁶³ Soglia stabilita dall'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni diverse da quelle indicate nell'allegato IV.

⁶⁴ Rilievo n. 51/I del 26 maggio 2008.

⁶⁵ Ai sensi del quale "In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

Codice (1.000.000,00 di euro), ove, naturalmente, il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque.

Il comma 8 disciplina l'ipotesi di lavori da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore al "tetto" sopra menzionato, in cui il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci, e la stazione appaltante non possa procedere, quindi, all'esclusione automatica: in tal caso il soggetto che presiede la gara sospende la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità di cui all'articolo 86, comma 3, del Codice; nel caso in cui venga accertata la congruità delle offerte sottoposte a verifica, mediante richiesta delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, del Codice, con la procedura di cui al successivo articolo 88 (ivi compresa l'eventuale nomina di apposita commissione), o nel caso in cui la stazione appaltante non si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, il soggetto che presiede la gara, alla riapertura della seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara.

Relativamente agli appalti pubblici di servizi e di forniture, l'articolo 296 dello schema di regolamento "se la cava" con un semplice richiamo all'articolo 121, specificando che il rinvio alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c) del codice si intende sostituito con il riferimento alle soglie di cui all'articolo 28, comma 1, lettere a) e b) del Codice; tuttavia, l'articolo 296 omette di indicare che il riferimento "all'articolo 122, comma 9, del codice" di cui al comma 8 dell'articolo 121 (per quanto attiene al "tetto" infra soglia comunitaria) si deve intendere sostituito con il riferimento a quello indicato all'articolo 124, comma 8 del Codice.

9. *Considerazioni conclusive.*

E' ineludibile, come osservato dal Consiglio di Stato⁶⁶, la tendenza conformativa del diritto comunitario, che protende oramai nettamente per il mantenimento di un dialogo con le imprese concorrenti così da consentire giustificazioni a corredo dell'offerta sospettata di anomalia.

Il Legislatore nazionale ha tuttavia agito, nel tempo, in modo "schizofrenico", dapprima introducendo in via provvisoria il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti pubblici di lavori sopra soglia; successivamente, tentando di configurarlo in modo stabile e poi ancora temporaneamente, sulla base di disposizioni comunitarie anch'esse temporanee; a volte non pronunciandosi in argomento⁶⁷, altre stabilendone l'obbligatorietà, a certe condizioni, per gli appalti di lavori sotto soglia. Da ultimo, con il Codice dei contratti pubblici, il criterio ispiratore è stato quello più flessibile della facoltatività, controbilanciato, tuttavia, dall'estensione agli appalti di servizi e forniture sotto soglia; per finire con un intervento compromissorio e di adeguamento comunitario, teso a tutelare la

⁶⁶ In occasione del parere reso sullo schema di D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁶⁷ Vd. l'originaria versione dell'articolo 21 della legge n. 109/94.

concorrenza negli appalti di “interesse transfrontaliero certo” e fissando una nuova “soglia ragionevole” al di sopra della quale è legittimo il ricorso all’esclusione automatica.

Per il futuro, occorrerà valutare l’atteggiamento della giurisprudenza che sarà impegnata nell’applicazione (o nella disapplicazione!) della nuova normativa nazionale.