



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

La verifica in contraddittorio dell'anomalia delle offerte dopo la riforma del codice dei contratti pubblici

di Fortunato Gambardella

(Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta tra indirizzi eurounitari e oscillazioni della disciplina legislativa nazionale. 2. Il procedimento di verifica delle offerte anomale nella recente riforma degli appalti pubblici: stabilità della regolazione europea e originalità delle soluzioni nostrane. 3. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta come strumento per la collaborazione tra pubblica amministrazione e operatori economici: i rischi di un contraddittorio scritto e a turno unico. 4. Valutazione di congruità dell'offerta e dovere di motivazione della pubblica amministrazione: i limiti di una motivazione per relationem in caso di giudizio di non anomalia.

Abstract

In the tenders for public procurement, the procedure for checking the anomalous offers is traditionally characterized by the existence of dialogue windows between the public and the private part. The new rules on public procurement, instead, show a reverse gear where they eliminate the model of double degrees of contradictory, written and oral, and introduce a model of contradictory exclusively written, unsuitable in the perspective of a legal instrument useful for collaboration between public administration and economic operators.

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/*blind peer review*

1. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta tra indirizzi eurounitari e oscillazioni della disciplina legislativa nazionale.

Il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, nelle gare a evidenza pubblica è strumentale, come è noto, a testare la serietà e l'affidabilità¹ delle offerte presentate, onde evitare rischi a carico dell'amministrazione derivanti dall'esecuzione della prestazione "in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta"² e, di conseguenza, al fine di prevenire l'eventuale contenzioso che possa scaturire dall'inesatto adempimento.

La nozione di offerta anomala corrisponde dunque a quella di un'offerta anormalmente bassa, quindi "troppo gravosa per l'offerente"³ perché non remunerativa, in relazione ai "costi che l'esecuzione del contratto necessariamente comporta"⁴.

Se la prima preoccupazione sottesa all'istituto corrisponde dunque alla tutela della pubblica amministrazione in rapporto all'esecuzione della commessa, il procedimento di verifica della congruità delle offerte si propone, al tempo stesso, come strumento di tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli esclusivi della parte pubblica. A partire dall'effettività dei principi di concorrenza e parità di trattamento⁵ che trovano, nella disciplina della verifica dell'anomalia, un meccanismo di protezione, funzionale a porre il sistema di scelta del contraente al riparo da pratiche scorrette e distorsive delle dinamiche concorrenziali⁶.

Nel nostro ordinamento, il problema delle offerte anomale, ancor prima del legislatore, se l'era posto la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, negli anni Settanta del secolo scorso, individuava la relativa soluzione nel dichiarare la legittimità del diniego di approvazione del contratto, oppure dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, in tutti quei casi in cui l'eccessivo ribasso avesse determinato una scarsa e sospetta remuneratività per il soggetto aggiudicatario⁷. Si tratta di indirizzi che hanno evidentemente condizionato il legislatore che,

¹ Riguardo "l'interesse pubblico alla affidabilità delle offerte" come portato del principio di buon andamento", N. PAOLANTONIO, *Criteri di aggiudicazione e valutazione di anomalia delle offerte*, in *www.giustamm.it*, 2004; C. PINELLI, *Offerte anomale e buon andamento*, in *Giur. Cost.*, 1998, 504.

² AVCP, determinazione 8 luglio 2009, n. 6, ora in *www.anticorruzione.it*.

³ A. MANZI, *Le novità in materia di offerte anomale*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 271.

⁴ G. TACCOGNA, *Individuazione delle offerte da sottoporre a valutazione di anomalia negli appalti pubblici di servizi*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1976. Si veda anche M. OCCHIENA, *Note sulle offerte anomale negli appalti di servizi e sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1996, 12, 558, "il fenomeno delle offerte anormalmente basse ha dato vita al corrispondente istituto giuridico, nel senso che alla constatazione del crescente aumento di offerte palesemente troppo esigue per ritenere bilanciato il rapporto qualità-prezzo, si è dovuto approntare un sistema per assicurare la corretta esecuzione dell'appalto da parte dell'aggiudicatario".

⁵ M. LONGO, *Principio del contraddittorio e valutazione sull'anomalia delle offerte*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3215.

⁶ G. TACCOGNA, *op.ult.cit.*, 1977: "nell'ormai inestricabile sintesi del diritto comunitario e di quello interno, il quadro è oggi tale per cui una verifica di anomalia, con eventuale esclusione dei concorrenti autori di offerte contenenti ribassi o altre condizioni non giustificabili sul piano dei costi e dell'utile d'impresa, è prevista quasi per tutti i pubblici appalti e risponde contemporaneamente a due esigenze: (I) garantisce l'amministrazione verso «avventure» contrattuali pericolose (sebbene all'apparenza allettanti), con ciò assicurando, per quanto possibile, il rispetto dei principi di buon andamento, di economicità e di efficacia dell'attività amministrativa; (II) garantisce le imprese serie mantenendo il confronto concorrenziale a condizioni fisiologiche e sostenibili e sanziona (con l'esclusione dalle gare) eventuali pratiche predatorie, a tutela dei principi di reale imparzialità dell'attività dell'amministrazione e di concorrenzialità effettiva e durevole delle procedure".

⁷ Per i relativi riferimenti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, si rinvia ampiamente a M. OCCHIENA, *Note sulle offerte anomale*, cit., 558. La breccia aperta dal giudice aveva poi innescato una vera e propria prassi amministrativa nel senso della non approvazione dei risultati di gara da parte degli apparati di controllo

nel 1973, con l'articolo 5 della legge n. 14, ha previsto, per la prima volta, su di un piano generale, il potere della stazione appaltante di escludere le offerte anomale⁸, previa verifica in contraddittorio.

In ambito comunitario, invece, il punto di partenza in fatto disciplina delle offerte normale è da rintracciare nella direttiva 71/305/CEE⁹ che, all'articolo 29 quinto comma, prevedeva un obbligo di verifica delle offerte anormalmente basse da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Emerge, peraltro, da subito, la traccia che seguirà l'ordinamento comunitario con crescente consapevolezza nei suoi snodi successivi¹⁰, ovvero la predilezione per meccanismi di verifica dell'anomalia non in astratto ma in concreto, evidenziando una linea di distinzione rispetto a quelle soluzioni, incentrate su strumenti di esclusione automatica delle offerte sospette, che, in quegli anni, il nostro legislatore maturava, seppure con ripetute oscillazioni¹¹.

Il dialogo tra diritto nazionale e diritto comunitario si fa, in ogni caso, più serrato negli anni Novanta del '900, allorché il legislatore transnazionale torna sulla regolazione delle offerte anomale¹² impedendo alle stazioni appaltanti di escludere offerte che reputino anomale rispetto alla prestazione richiesta, nel difetto di una richiesta per iscritto di precisazioni in ordine all'articolazione dell'offerta e della conseguente analisi delle risultanze del relativo contraddittorio con l'impresa.

L'*input* comunitario non trova però completo riscontro nel nostro diritto interno, nel quale la risposta più articolata¹³ arriva dall'articolo 21, comma 1-*bis*¹⁴, della legge n. 109 del 1994 che, in

eventualmente preposti e con conseguente ripetizione della gara ed esclusione della concorrente che avesse presentato l'offerta sospetta. Sul punto si veda C.E. GALLO, *La verifica delle offerte anomale nell'appalto di opere pubbliche, tra controllo e contrattazione*, in *Dir. econ.*, 1989, 72, il quale sottolinea come, nella sua originaria configurazione, l'esclusione delle offerte anomale si collocasse "nel momento del controllo, anche di merito, che consentiva all'amministrazione di esprimersi in termini semplicemente di opportunità o meno di stipulare il contratto". Per un approfondimento sulle cause alla base del fenomeno delle offerte anomale, R. DE NICTOLIS, *Le offerte anomale e i criteri di rilevazione della congruità dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, III, 2201.

⁸ Per una ricostruzione storico-evolutiva della disciplina dell'istituto, si rinvia a R. VILLATA, *Le offerte anomale*, in ID. (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 505; S. VINTI, *Le offerte anomale*, in A. BARGONE – P. STELLA RICHTER (a cura di), *Manuale del Diritto dei Lavori Pubblici*, Milano, 2001, 351.

⁹ E. VALLANIA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee interpreta la conformità con l'ordinamento comunitario della normativa italiana in materia di offerte anomale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2001, 1228.

¹⁰ Il riferimento, in particolare, è alla direttiva 93/37/CE.

¹¹ Per una sintesi efficace delle tappe dell'evoluzione normativa nostrana in materia di disciplina delle offerte anomale negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, L.R. PERFETTI, *La disciplina delle offerte anomale, tra resistenze normative e sfiducia nel mercato*, in *Foro amm. TAR*, 1999, 1303.

¹² con le direttive su appalti di servizi (art. 37, dir. 92/50/CEE), lavori (art. 30, par. 4, dir. 93/37/CEE), forniture (art. 27, dir. 93/36/CEE) e "settori esclusi" (art. 34, par. 5, dir. 93/38/CEE).

¹³ Per un'analisi delle differenti declinazioni che la regolamentazione comunitaria degli anni Novanta in tema di offerte anomale riceve nel diritto italiano degli appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi, si rinvia ampiamente a C. VIVANI, *Ancora in tema di giusto procedimento in materia di valutazione dell'anomalia delle offerte*, in *Urb. e app.*, 2002, 5, 554ss..

¹⁴ Introdotto dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito dalla l. 2 giugno 1995, n. 216 cd. Merloni-*bis*. Per un approfondimento sulla disposizione, A. CLARIZIA, *Commento all'art. 21, comma 1-bis, legge Merloni*, in A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, II, 1997. Per i riferimenti agli indirizzi giurisprudenziali sviluppatasi intorno all'applicazione della norma, M. ZOPPOLATO, *Anomalia delle offerte negli appalti*

relazione agli appalti pubblici di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, declina in modo non generalizzato l'obbligo di verifica dell'anomalia dell'offerta e, al tempo stesso, descrive un meccanismo di contraddittorio incompleto tra stazioni appaltanti e operatori economici. Sul primo punto, infatti, la regola che passa è nel senso che la verifica in concreto debba riguardare tutte le offerte che presentino una percentuale di ribasso oltre il quinto della media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse alla gara, con individuazione dunque di una soglia di anomalia non preventivamente conoscibile dai concorrenti.

Sul piano poi della definizione delle tecniche del contraddittorio, si prevede che le offerte siano, sin dall'atto della presentazione, corredate di giustificazioni per quelle voci di prezzo che riguardino almeno il 75% del valore posto a base d'asta. Peraltro, rispetto al novero di giustificazioni possibili contemplato dalla normativa comunitaria, la norma limitava sensibilmente l'ambito della difesa preventiva, omettendo ogni rilievo, accordato invece dal diritto comunitario, alla "originalità del progetto" e stabilendo l'ammissibilità per le sole precisazioni relative all'economia del procedimento di costruzione o alle soluzioni tecniche adottate o alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente, salvo il limite delle giustificazioni relative a elementi i cui valori minimi siano stabiliti da disposizioni normative, amministrative o, comunque, siano rilevabili da listini ufficiali¹⁵.

Il difetto di conformità rispetto alle indicazioni comunitarie è stato puntualmente, per quanto parzialmente, riscontrato dalla Corte di Giustizia che, con la sentenza del 27 novembre 2001¹⁶, ha "salvato" il meccanismo nostrano di individuazione della soglia di anomalia, ragionando sull'assenza, nella direttiva 93/37/CE, di una definizione di offerta anormalmente bassa con conseguente conservazione di un margine di apprezzamento dei legislatori nazionali. Al tempo stesso, la Corte ha però rilevato il contrasto tra diritto comunitario e diritto italiano in punto di modalità di attuazione del contraddittorio, ritenendo il sistema delle giustificazioni preventive uno strumento idoneo a "facilitare un primo esame da parte della stazione appaltante e garantire una prima uniformità delle offerte"¹⁷, e come tale non contrario ai principi comunitari, ma comunque non idoneo ad esaurire la disciplina del contraddittorio sulle offerte anomale¹⁸. Tale disciplina richiede infatti che, tra amministrazioni e imprese, si instauri uno scambio di informazioni completo, non limitato a una fase per iscritto preventiva, ma tale da completarsi attraverso momenti di audizione, all'esclusivo esito dei quali diventa praticabile, per la stazione appaltante, ogni prospettiva di esclusione dei concorrenti.

pubblici, metodo di calcolo della soglia, contraddittorio e giustificazioni: una nuova sconfitta per il legislatore nazionale (e per la giurisprudenza prevalente), in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2001, 1243.

¹⁵ G. GUZZARDO, *Le giustificazioni dell'offerta anomala nella disciplina ("sempre viva...") dell'appalto comunitario*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1911.

¹⁶ Nelle cause C-285 e C-286/99, in *Giust. Civ.*, 2002, 4, I, 853, con nota di G. VALENTE, *Sulla compatibilità comunitaria della disciplina italiana in materia di appalti pubblici di lavori*.

¹⁷ E. VALLANIA, *op.ult.cit.*, 1235.

¹⁸ G. GUZZARDO, *Le giustificazioni dell'offerta anomala*, cit., 1418, il quale sintetizza il ragionamento del giudice comunitario: "il meccanismo di esclusione delle offerte incongrue, sorretto dalla mera delibazione delle giustificazioni *ex lege* allegate a corredo della proposta economica, traducendosi in misura preclusiva dell'apertura del mercato e della massima partecipazione alla gara, confligge con i principi tesi a garantire lo sviluppo effettivo della concorrenza". In tema anche F. BALDASSARRE, *La verifica delle offerte anomale dopo la sentenza della Corte CE*, in *Urb. e app.*, 2002, 7, 777.

L'orientamento della giurisprudenza comunitaria impone un *revirement* al legislatore nazionale che, con la legge n. 166 del 2002, modifica la legge quadro sulle opere pubbliche, da un lato estendendo la verifica di congruità delle offerte a tutti gli elementi che compongono le voci di prezzo, dall'altro introducendo espressamente la regola del contraddittorio pieno, a completamento del sistema delle giustificazioni preventive.

La trasformazione più importante della disciplina arriva però nel 2006, con l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163/2006) che ha il merito di offrire una dimensione uniforme della regolazione, dettando una disciplina che valga per tutte le tipologie di appalti pubblici.

Non si registrano novità di rilievo in punto di modalità di individuazione della soglia di anomalia che, salvo per le gare al massimo ribasso e con meno di cinque concorrenti¹⁹, continua a essere determinata sulla base di meccanismi automatici, che si differenziano a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso ovvero dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁰. Sul punto, il diritto interno non raccoglie le indicazioni fornite dalla direttiva 18/2004/CE²¹, che non prevedeva automatismi nella individuazione della soglia di anomalia ma, a fronte della chiara opzione comunitaria per una verifica in concreto delle condizioni di anomalia, il legislatore estende la verifica di congruità anche alle offerte che, pur non varcando la soglia di anomalia, rivelino una inadeguatezza rispetto alla prestazione, come emergente da elementi specifici, che in ogni caso la norma non cristallizza²².

Più significative, invece, le novità del Codice dei contratti pubblici in fatto di possibili contenuti delle giustificazioni, che vengono individuati con un elenco esemplificativo²³, e soprattutto in relazione alle modalità procedurali. Ferma la disciplina delle giustificazioni preventive, a corredo della domanda di partecipazione alla gara, la scelta è per un modello a doppio contraddittorio, per cui, a una prima fase obbligatoria di scambio di informazioni per

¹⁹ Nelle quali si ha una verifica in concreto delle offerte anomale, che prescinde dall'operatività di una soglia di anomalia.

²⁰ Se il criterio è quello del massimo ribasso, il criterio è mutuato dal vecchio art. 21-*bis* della legge n. 109/1994 e, quindi, con il sistema del cd. "taglio delle ali", per cui si guarda la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse alla gara, escludendo dal calcolo il dieci per cento delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso. "Il risultato viene poi incrementato dello scarto aritmetico dei ribassi che superano la predetta media. Vanno sottoposte al procedimento di verifica le offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla predetta media". Se il criterio è, invece, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "la soglia di anomalia viene individuata calcolando rispettivamente i quattro quinti del punteggio massimo per il prezzo e i quattro quinti del punteggio massimo previsto per la valutazione complessivamente considerati. Sono sottoposti a verifica di anomalia le offerte i cui punti relativi al prezzo ed i punti relativi agli ulteriori elementi di valutazione siano entrambi pari o superiori ai limiti come sopra individuati". I virgolettati sono tratti da C. LAMBERTI, *Offerte anomale fra vecchia e nuova disciplina*, in *Urb. e app.*, 2007, 7, 902.

²¹ Per un approfondimento, R. CIPPITANI, *Formalismi e verifica delle offerte anomale*, in *Urb. e app.*, 2013, 8-9, 942ss..

²² C. LAMBERTI, *Offerte anomale fra vecchia e nuova disciplina*, cit., 902

²³ Ai sensi dell'art. 87, comma 2 (nella sua originaria formulazione): "le giustificazioni 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...".

iscritto, segue una fase di convocazione diretta dell'impresa per la rappresentazione di "ogni elemento che ritenga utile" per giustificare l'anomalia. Solo all'esito di questa fase di *auditing*, o comunque in caso di mancata risposta del concorrente alla convocazione, l'amministrazione potrà procedere all'esclusione.

E', in ogni caso, soprattutto la dialettica dei correttivi²⁴ del Codice a incidere profondamente sulla materia e, in un processo di progressivo assestamento della disciplina, il contributo più rilevante arriva dalla legge n. 102 del 2009²⁵ che abroga il sistema delle pregiustificazioni, rispetto alle quali rimaneva aperto il dibattito sulla ammissibilità di una "previsione *volontaria*, e cioè se permanga comunque la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere nella *lex specialis* la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta e se detto adempimento possa essere specificamente imposto a pena d'esclusione"²⁶.

2. Il procedimento di verifica delle offerte anomale nella recente riforma degli appalti pubblici: stabilità della regolazione europea e originalità delle soluzioni nostrane.

La direttiva europea n. 24 del 2014, nell'ambito di un rinnovamento complessivo della disciplina dell'evidenza pubblica, si è occupata di "offerte anormalmente basse" all'articolo 69, dettando una disciplina che, al netto di differenze terminologiche e di articolazione della disposizione, sembra sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'articolo 55 della precedente direttiva n. 18 del 2004. Tanto la vecchia normativa, quanto quella attualmente in vigore, muovono infatti dall'idea di articolare il procedimento di verifica dell'anomalia in due momenti: il primo centrato su di una richiesta per iscritto di spiegazioni²⁷ all'impresa in rapporto agli elementi costitutivi dell'offerta; il secondo consistente nella verifica dell'offerta, in consultazione del concorrente e tenendo conto delle giustificazioni già prodotte. La norma poi lascia uno spazio di decisione finale all'amministrazione sull'esclusione delle offerte, nell'ipotesi in cui il contraddittorio non abbia offerto prova piena di prezzi e costi bassi ma non anomali, salvo l'eventualità in cui l'offerta risulti contraria agli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro imposti dal diritto interno ed europeo, nel qual caso l'offerta va respinta obbligatoriamente.

Sul fronte interno, invece, poche righe ha dedicato al tema la legge n. 11 del 2016, limitandosi a investire il legislatore delegato della predisposizione di "modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria".

²⁴ Ricostruita puntualmente da A. MANZI, *op.ult.cit.*, 274ss., che sottolinea l'attenzione del legislatore sul tema del costo del lavoro e sugli oneri di sicurezza in funzione di responsabilizzazione degli enti aggiudicatori.

²⁵ La legge converte il d.l. 1 luglio 2009, n. 78 e la norma di riferimento è l'articolo 4-*quater*, comma 1, lett. b).

²⁶ A. MANZI, *op.ult.cit.*, 277.

²⁷ Anche in punto di oggetto delle spiegazioni, non si registrano differenze sensibili, in quanto l'art. 69, paragrafo 2, recupera l'elenco della precedente previsione e sottolinea che le stesse possano riferirsi a: l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro imposti dal diritto interno ed europeo; l'osservanza degli obblighi declinati dall'art. 71 della direttiva n. tema di subappalto; l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

Come vedremo, non tutti gli indirizzi, sia europei che interni, sono stati sviluppati nel recente Codice degli appalti, all'articolo 97, dedicato alle offerte anomale e oggetto di una sostanziale riscrittura per effetto del correttivo intervenuto nel 2017 con il decreto legislativo n. 56.

La prima preoccupazione della normativa è, in ogni caso, quella di descrivere il metodo di individuazione delle offerte sospette, da sottoporre a "un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta". Sul punto, ferma la regola di carattere generale per cui l'amministrazione "in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa", il Codice correttamente distingue tra gare al massimo ribasso e gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per le prime²⁸, la stazione appaltante dovrà procedere ad un sorteggio per la scelta del metodo di selezione delle offerte anomale tra i cinque modelli alternativi descritti²⁹, laddove la disciplina è rigida³⁰ e vuole che la verifica di congruità riguardi quelle "offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

Per quanto concerne poi il procedimento, è previsto un contraddittorio esclusivamente per iscritto che muove da una richiesta di spiegazioni e dalla fissazione di un termine, non inferiore a quindici giorni, per la risposta. All'esito dello scambio informativo, si passa alla verifica di congruità, da cui deriva l'esclusione dell'offerta "solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti", ovvero se, a prescindere dalla prova offerta, il contraddittorio scritto abbia fatto emergere che l'offerta è anormalmente bassa per: a) mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea, nazionale e internazionale; b) inosservanza degli obblighi in tema di subappalto imposti dall'articolo 105 del Codice; c) incongruità degli oneri

²⁸ E comunque nella sola ipotesi in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque (cfr. art. 97, comma 3-bis, come introdotto dal d.lgs. n. 56/2017).

²⁹ Cfr. art. 97, comma 2, nella versione modificata dal d.lgs. n. 56/2017. La ragione che induce il legislatore a individuare le offerte anomale mediante indici matematici fissati con norme generali è evidenziata da G. TACCOGNA, *op.ult.cit.*, 1980: "una piena discrezionalità, in capo al soggetto aggiudicatore, avrebbe due opposti svantaggi: da un lato il suo esercizio sarebbe scarsamente verificabile e sindacabile in sede giurisdizionale, con conseguente ridotta possibilità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle imprese e con rischio di disparità di trattamento; dall'altro lato essa disincentiverebbe i soggetti aggiudicatori dall'assumersi (in base a valutazioni proprie, anziché ad applicazioni meccaniche e vincolate di norme) la responsabilità di sottoporre a valutazione ed eventualmente escludere le offerte in presenza di sintomi di anomalia. Inoltre le amministrazioni frequentemente non avrebbero, al loro interno, le professionalità adeguate per compiere le valutazioni tecnico-economiche del caso e, comunque, sarebbe opportuno evitare eccessivi appesantimenti burocratici ed il contenzioso destinato ad essere inevitabilmente «fomentato» dal carattere discrezionale delle scelte dell'amministrazione". Sulla distinzione tra sistemi automatici e sistemi discrezionali per la individuazione delle offerte anomale, si veda anche G. DE CANDIA, *La "persuasione" e la "rettorica" comunitaria del legislatore statale italiano in tema di offerte anomale negli appalti pubblici di lavori, nella recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 27 novembre 2001, n. 285/28*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 2, 375-376.

³⁰ La scelta di un unico sistema di individuazione delle offerte anomale nel caso di aggiudicazione col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a fronte della pluralità di sistemi previsti per le aggiudicazioni al massimo ribasso, è criticata da Cons. St., comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 127, perché non tiene conto del carattere "recessivo e residuale" del criterio del prezzo più basso nell'impianto del nuovo codice.

aziendali della sicurezza; d) previsione di costo del personale inferiore ai minimi salariali inderogabili.

3. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta come strumento per la collaborazione tra pubblica amministrazione e operatori economici: i rischi di un contraddittorio scritto e a turno unico.

Nel confronto tra direttiva europea e normativa interna di recepimento, il primo dato che emerge e che impatta in modo negativo sulla realizzazione di una effettiva dinamica collaborativa in tutte le fasi dell'evidenza pubblica è quello della riduzione degli spazi di contraddittorio effettivo.

Posto che, in tema di offerte anomale, la direttiva appalti 2014 detta una regola che non lascia espressamente spazi di disciplina difforme ai regolatori nazionali, le previsioni europee sono chiare nel descrivere un meccanismo nel quale alla previa richiesta di spiegazioni alla ditta che ha presentato l'offerta sospetta segua uno *step* ulteriore, laddove "l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente"³¹.

A differenza di altri ordinamenti³², la scelta del nostro legislatore è stata per una puntuale procedimentalizzazione della verifica di congruità nelle forme di un contraddittorio per iscritto, che parte con la richiesta di spiegazioni all'impresa, passa per la presentazione delle stesse e approda, per il tramite del giudizio tecnico di congruità, alla decisione finale di esclusione ovvero di ammissione.

La soluzione, ispirata da intenti chiaramente semplificatori, appare tuttavia in contrasto con la traccia evolutiva che aveva caratterizzato la regolazione del procedimento di verifica dell'anomalia nel nostro ordinamento. Abbiamo avuto modo di osservare, infatti, come la

³¹ Art. 69, comma 3.

³² L'ordinamento francese, ad esempio, nel *Code des marchés publics* 2016, opta per un'ampia flessibilità e lascia margine alla pubblica amministrazione sulla definizione concreta delle modalità del contraddittorio, limitandosi a rivendicare la necessaria richiesta di giustificazioni a fronte della presentazione di offerte anormalmente basse. La norma di riferimento è contenuta nell'articolo 60, a tenore del quale: "*l'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter*". La previsione consente il superamento del precedente modello a contraddittorio esclusivamente scritto, di cui all'articolo 55 del vecchio codice (*décret n° 2006-975 du 1er août 2006*): "*si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi*". Nel diritto spagnolo, invece, il *texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, nel testo in vigore dal 2 aprile 2016) ha optato per un sistema a contraddittorio orale. Così il terzo comma dell'articolo 152, in tema di *ofertas con valores anormales o desproporcionados*: "*Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado*". Per ulteriori riferimenti di diritto comparato in tema di verifica delle offerte anomale e in relazione a discipline più risalenti, A. RALLO, *Considerazioni in tema di offerte anomale: spunti per una lettura critica dell'art. 21, l. n. 109, del 1994*, in *Riv. trim. app.*, 1994, 820ss..

tensione fosse tutta nel senso di un irrobustimento delle maglie della partecipazione, attraverso un riconoscimento progressivo e crescente di modalità operative di un contraddittorio che fosse reale e completo. Va letta in questo senso la riduzione degli spazi di automatismo³³ nell'esclusione delle offerte rientranti nella soglia di anomalia, nonché la creazione di un modello di contraddittorio che non facesse perno su di un sistema rigido di giustificazioni preventive³⁴, ma tale da richiedere parentesi di *auditing* delle imprese, come occasioni di discussione effettiva sull'oggetto delle spiegazioni offerte a seguito di specifica sollecitazione.

³³ Margini che, in realtà, non scompaiono del tutto nella disciplina del nuovo Codice che, al comma 8 dell'art. 97 prevede che, per gli appalti sotto-soglia da affidarsi al massimo ribasso, 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 secondo i criteri aritmetici enunciati dalla stessa disposizione, purché il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a dieci. La soluzione appare, in ogni caso, conforme alla giurisprudenza comunitaria sull'argomento. Il rinvio, in particolare, è a Corte Giust. UE, sez. IV, 15 maggio 2008, C-147 e C-148, in *Urb e app.*, 2008, 1123, con nota di G. BALOCCO, *La Corte CE censura il criterio di valutazione dell'anomalia nelle offerte sotto soglia*, laddove si chiarisce che "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 alle soglie di rilievo comunitario 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". Sul tema dell'esclusione automatica si è espressa, a più riprese, la Corte costituzionale. Così, la sentenza 5 marzo 1998, n. 40, in *Giur. Cost.*, 1998, 495, con nota di C. PINELLI, *Offerte anomale e buon andamento*, cit., dichiara la legittimità dell'art. 21, comma 1-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 104 sull'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di minore importo e per un periodo temporaneo. Con la sentenza 22 maggio 2009, n. 160, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, 1252, con nota di A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici*, cit., la Corte sanziona la legge regionale della Campania 30 gennaio 2008, n. 1, per contrasto con la normativa nazionale e in quanto disciplinante un sistema di esclusione automatica obbligatoria per le gare non di rilevanza comunitaria. Stessa sorte per la legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5, che il Giudice delle leggi dichiara illegittima con la sentenza 10 giugno 2001, n. 184, in *Giur. Cost.*, 2011, 3, 2383, laddove si chiarisce che "anche nel caso in cui una Regione sia titolare di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale, essa non può prevedere l'esclusione automatica nei casi in cui non sia consentita dalla norma statale e, quindi, non può stabilire una disciplina diversa da quella nazionale, poiché incide negativamente sul livello della concorrenza che deve essere garantito agli imprenditori operanti sul mercato". Per un riepilogo dei vari interventi normativi che, negli ultimi venti anni, hanno disciplinato meccanismi di esclusione automatica per le offerte anomale e sul carattere dannoso, alla luce degli strumenti dell'analisi economica, di tale sistema, F. DECAROLIS, *Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 11, 1246.

³⁴ Utilità e criticità connesse al sistema delle giustificazioni preventive sono evidenziate da C. VIVANI, *Ancora in tema di giusto procedimento*, cit., 556ss.; per i rilievi critici si veda anche R. DE NICTOLIS, *Offerte anomale e giusto procedimento: la parola al giudice europeo*, in *Urb. e app.*, 1999, 9, 977. Sulle giustificazioni preventive come "facoltà" per le imprese, G. FARES, *Sulle conseguenze dell'omessa presentazione delle giustificazioni preventive*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3, 819.

Era questo l'impianto descritto dalla precedente disciplina nazionale, in linea peraltro con la generale convinzione che il giudizio di anomalia, pur muovendo dalla contestazione di voci di prezzo considerate incongrue con i valori di mercato, comporti, in ogni caso, una valutazione globale dell'offerta³⁵, sulla base di un dato che emerge dalla stessa analisi dell'ampio raggio che caratterizza i possibili contenuti delle spiegazioni che le imprese sono invitate a rendere.

Le giustificazioni possono infatti riguardare anche le soluzioni tecniche adottate, come pure l'originalità della produzione che viene offerta, nell'ambito di un'elencazione che non appare in alcun modo tassativa e che non chiude alla possibilità di rappresentazione di spiegazioni con oggetto ulteriore e non prevedibile. Peraltro, fermo il limite dell'inammissibilità di giustificazioni successive tali da modificare l'offerta presentata³⁶, la giurisprudenza ripetutamente ammette la modificabilità delle giustificazioni già prodotte, a riprova della chiara opzione per un modello elastico e realmente dialogico³⁷, uno strumento non sanzionatorio ma di tutela di tutti i soggetti della relazione ad evidenza pubblica, come tale "avulso da ogni formalismo inutile e improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente"³⁸.

Emerge, dunque, il quadro di "un giudizio complesso che giustifica il doppio grado del contraddittorio"³⁹, scritto e orale⁴⁰, quale conseguenza strutturale e non derogabile di un procedimento di verifica dell'anomalia che, anche nella vigente disciplina, parte da giustificazioni dall'oggetto vario e complesso e ambisce a perfezionarsi in un "giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta"⁴¹. Se varie e complesse sono le giustificazioni che produce l'impresa, se molteplici e articolati sono gli elementi del giudizio tecnico⁴², troppo semplice finisce con l'essere una soluzione normativa che esaurisca la

³⁵ Sulla valutazione dell'anormalità dell'offerta come "giudizio sintetico, globale e unitario" e per gli opportuni richiami giurisprudenziali, R. CIPPITANI, *Formalismi e verifica*, cit., 946-947. Si veda anche, A. MANZI, *op.ult.cit.*, 279-280. Nella giurisprudenza recente, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 854, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Il dato è ampiamente segnalato dalla giurisprudenza e dalla dottrina: M. PIGNATTI, *Il giudizio sulle offerte anomale tra effettività del contraddittorio ed oggettività nelle valutazioni*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 5, 1323.

³⁷ TAR Veneto, sez. I, 20 gennaio 2015, n. 28, in *Foro amm.*, 2015, 1, 168, laddove si chiarisce che "l'offerta presentata dal concorrente è immodificabile, mentre sono modificabili le giustificazioni sulla rilevata anomalia dell'offerta e, al contempo, sono ammesse giustificazioni sopravvenute, nonché compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, così da garantire una seria esecuzione del contratto".

³⁸ Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 5-6, I, 1853.

³⁹ ANAC, parere di precontenzioso, 8 gennaio 2015, n. 3, in www.anticorruzione.it.

⁴⁰ Sull'importanza della forma orale nelle dinamiche partecipative anche come strumento utile per colmare l'asimmetria informativa che sconta la pubblica amministrazione, S. CIMINI, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettive dell'oralità*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 45-46.

⁴¹ Così art. 97, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

⁴² Sui limiti del sindacato giurisdizionale in tema di verifica delle offerte anomale, Cons. St., ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, in *Foro it.*, 2014, 7-8, III, 481, con nota di A. TRAVI. Nella decisione si legge che "nelle gare pubbliche la valutazione della congruità dell'offerta, pur essendo espressione di discrezionalità c.d. tecnica della stazione appaltante, è sempre suscettibile di sindacato esterno da parte del giudice amministrativo nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà; di conseguenza l'impresa partecipante alla gara può introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l'organo deputato

dinamica del contraddittorio nella pratica scritta, a riprova di “quel fenomeno di vischiosità del sistema italiano degli appalti pubblici, che resiste, nella prassi, a principi ormai indiscutibili”⁴³. All’opposto, e valorizzando la dimensione collaborativa che tradizionalmente ispira l’istituto della verifica dell’anomalia, l’unico modello di contraddittorio virtuoso non può che essere quello che veda nelle spiegazioni per iscritto lo strumento attraverso il quale la stazione appaltante possa costruire una sorta di ordine del giorno, sulla cui base avere un dialogo reale e consapevole con l’impresa, al cui esito decidere sulle sorti di ammissione dell’offerta. Del resto, che la necessità di contraddittorio pieno ed effettivo⁴⁴ nel procedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta imponga letture non restrittive del dato normativo è consapevolezza che sembra maturare la stessa giurisprudenza che si è sviluppata in seguito all’entrata in vigore del Codice del 2016 e che, pur nei limiti di una dimensione esclusivamente scritta del confronto, ammette che il sub-procedimento di verifica di congruità possa strutturarsi in “plurime richieste di chiarimenti inoltrate alla singola concorrente, in caso di margini di dubbio che potrebbero condurre l’Amministrazione aggiudicatrice a ritenere erroneamente la sussistenza (o l’insussistenza) dell’anomalia dell’offerta”⁴⁵.

all’esame dell’anomalia. Per un approfondimento, M. GIOVANNELLI, *La Plenaria sulla conservazione dei plichi e sindacato sull’anomalia delle offerte*, in *Urb. e app.*, 2014, 5, 539ss.; per un’analisi ad ampio raggio del rapporto tra giudice amministrativo e valutazioni tecnico-discrezionali, G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 2, 705, cui si rinvia anche per tutti i riferimenti alla dottrina che si è occupata del tema. Sull’applicazione del concetto di “full jurisdiction” elaborato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo in relazione alla discrezionalità tecnica, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546; B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e “full jurisdiction”*. *Brevi considerazioni a Consiglio di Stato, sez. v, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 745.

⁴³ M. OCCHIENA, *Nota sulle offerte anomale nella “Legge Merloni”*: per l’applicazione del principio della partecipazione nel procedimento di valutazione della congruità, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 6, 1045.

⁴⁴ V. Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430, in www.giustizia-amministrativa.it: “nelle gare pubbliche, il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta non ha carattere sanzionatorio e, per oggetto, la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l’offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto: esso mira, in generale, a garantire e tutelare l’interesse pubblico concretamente perseguito dalla Pubblica amministrazione con la procedura di gara per l’effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell’esecuzione dell’appalto, così che l’esclusione dalla gara dell’offerente per l’anomalia della sua offerta è l’effetto della valutazione - effettuata dall’Amministrazione appaltante - della complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere; il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l’effettività del contraddittorio (fra Amministrazione appaltante ed offerente), di cui costituiscono corollari l’assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; il giudizio di anomalia o di incongruità dell’offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, che rendano palese l’inattendibilità complessiva dell’offerta; la valutazione di congruità deve essere, perciò, globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l’obiettivo dell’indagine è l’accertamento dell’affidabilità dell’offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono”.

⁴⁵ Cfr. T.A.R. Veneto, sez. III, 5 ottobre 2017, n. 886, in www.giustizia-amministrativa.it: e, nel medesimo senso, T.A.R. Lazio, sez. III, 23 marzo 2018, n. 3288, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla necessità di un contraddittorio avulso da formalismi, T.A.R. Basilicata, sez. I., 6 febbraio 2018, n. 107, in www.giustizia-amministrativa.it.

4. Valutazione di congruità dell'offerta e dovere di motivazione della pubblica amministrazione: i limiti di una motivazione per relationem in caso di giudizio di non anomalia.

Varietà delle giustificazioni e ampiezza del sindacato amministrativo, oltre ad essere le ragioni per cui, come abbiamo già visto, s'impone la necessità di un doppio contraddittorio, scritto e orale, per la verifica di congruità delle offerte, sono anche alla base del dovere dell'amministrazione di motivare in ordine alla congruità e alla incongruità dell'offerta. Il sacrificio delle aspettative di partecipazione alla contesa da parte delle imprese, per il tramite di un giudizio tecnico, impone infatti una motivazione accurata e approfondita che la giurisprudenza dominante reclama senza distinguo in tutti i casi in cui, per l'appunto, il procedimento accerti il carattere di anomalia e, per l'effetto, determini l'esclusione⁴⁶. Diversamente, laddove si tratta di motivare un giudizio di non anomalia dell'offerta, la giurisprudenza pacificamente esclude un dovere di motivazione analitica, ritenendo sufficiente un rinvio *per relationem*⁴⁷ alle spiegazioni addotte dai concorrenti, salvo il limite della manifesta illogicità delle stesse.

Sul punto convergono traiettorie chiaramente opposte, che pongono in risalto, da un lato, le esigenze di speditezza dell'azione amministrativa⁴⁸ e, dall'altro, le prospettive di tutela dei controinteressati e di verifica della tenuta delle dinamiche concorrenziali, sulle quali scelte di congruità fatalmente incidono. Istanze che forse trovano un punto di equilibrio in quegli orientamenti che, pur ammettendo in generale una motivazione per rinvio alle convincenti giustificazioni dell'impresa, ne calibrano il dovere in funzione del carattere completo ed esaustivo delle stesse⁴⁹. Così, "se le giustificazioni date sono a loro volta tali da sollevare altri dubbi piuttosto che risolverli si palesa necessaria una motivazione della stazione appaltante al fine di consentire al giudice di ricostruire l'iter logico che ha guidato l'amministrazione nella sua scelta"⁵⁰.

Soluzioni che dunque valorizzano un ruolo attivo dell'amministrazione nel declinare il dovere di motivazione sul giudizio di non anomalia e che appaiono particolarmente auspicabili nella vigenza del nuovo codice che, come è noto, rende residuali le ipotesi di ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, affermando la priorità dell'aggiudicazione sulla base del rapporto prezzo/qualità, la cui operatività impone alle imprese l'articolazione di offerte composite e complesse, tali da rendere più gravoso, e urgente di motivata ponderazione, il giudizio tecnico di verifica dell'anomalia.

⁴⁶ In via di eccezione, TAR Campania - Napoli, sez. II, 26 giugno 2014, n. 3526, in www.giustizia-amministrativa.it: "l'obbligo dell'amministrazione di assicurare il contraddittorio nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia non implica la confutazione puntuale di tutte le osservazioni svolte dagli interessati, essendo sufficiente che il provvedimento amministrativo sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza comunque percepibile la ragione del mancato accoglimento delle deduzioni difensive del privato".

⁴⁷ Cons. St., sez. III, 18 febbraio 2018, n. 7129; Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665; Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935; Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963. Le decisioni sono consultabili su www.giustizia-amministrativa.it. Si veda anche Cons. St., sez. VI, 09 febbraio 2015, n. 634, in *Foro amm.*, 2015, 2, 489.

⁴⁸ Sul rapporto tra regole del contraddittorio e esigenze di celerità dell'azione amministrativa, G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 93ss.

⁴⁹ Cons. St., sez. III, 10 aprile 2014, n. 1744, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ G.F. NICODEMO, *Anomalia dell'offerta e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2015, 10, 1029-1030.

Del resto una maggiore attenzione sul dovere di motivazione⁵¹, anche quando la stazione appaltante si risolva per la congruità dell'offerta⁵², sembra imposta dalla stessa logica generale della collaborazione, che è tradizionalmente, ma forse senza ricavarne tutte le conseguenze, elevata dalla giurisprudenza a regola ispiratrice⁵³ del procedimento di verifica dell'anomalia, quale fase di "negoiazione vera e propria, ovvero quella nella quale il contraente valuta, ed eventualmente accetta, sotto il profilo qualitativo, la prestazione che sarà dedotta in contratto"⁵⁴. Quella logica postula infatti, per tutti i soggetti della relazione amministrativa comportamenti attivi, che tanto più devono risultare completi quando è proprio lo schema normativo a postulare sistemi di scambio. Nella specie, guardando al procedimento di verifica delle offerte anomale, si tratta di scambio informativo nel quale a ciascuno tocca fare la sua parte. Così, all'ottemperanza del privato alla richiesta di chiarimenti che arriva dall'amministrazione, che si celebri o meno un auspicabile stadio di contraddittorio orale, fa da contraltare, a mo' di risposta, il giudizio tecnico di congruità, nel quale dovrà emergere una presa di consapevolezza ponderata della parte pubblica, che cauteli l'impresa in caso di contestazioni dei terzi controinteressati e protegga la stessa amministrazione da pretese risarcitorie⁵⁵.

⁵¹ Sul tema, e per gli opportuni riferimenti di bibliografia, si rinvia ampiamente A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

⁵² Per un repertorio sulle voci giurisprudenziali in tal senso, si rinvia a R. DE NICTOLIS, *Offerta <<non anomala>> e obbligo di motivazione*, in *Urb. e app.*, 2004, 6, 673-674; E. GIARDINO, *Le offerte anomale nelle gare di appalto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 2, 438.

⁵³ Sulla "valenza collaborativa" del procedimento di verifica delle offerte anomale "in funzione del superamento della situazione di asimmetria informativa originariamente riferibile all'amministrazione precedente", R. MORZENTI PELLEGRINI, *La valutazione dell'offerta anomala e il principio del contraddittorio, tra partecipazione, celerità del procedimento ed esigenze di cautela*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 935.

⁵⁴ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 440, secondo il quale "la portata negoziale di tale attività fa sì che ad essa debbano applicarsi con rigore meno intenso i principi propri delle procedure di valutazione comparativa e si debba cioè dare corso ... a un confronto caratterizzato dall'elasticità tipica del rapporto bilaterale".

⁵⁵ Si veda sul punto, Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22370, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 2, I, 491, laddove si chiarisce che: "l'aggiudicazione in favore di chi abbia presentato un'offerta anomala per eccesso di ribasso, non è preclusa dall'art. 21 comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994 n. 109 (e neppure dall'art. 82 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 che lo ha sostituito), ma deve essere congruamente motivata, nel rispetto della regola di buona amministrazione che impone alla p.a. di dare conto delle sue scelte tra diversi aspiranti a contrarre e di indicare le ragioni per cui l'offerta dell'aggiudicatario è la più conveniente. Quando ciò non accada, viene leso l'interesse legittimo (pretensivo) allo svolgimento di una corretta gara di cui sono titolari i partecipanti non vincitori, i quali possono agire per far valere la responsabilità aquiliana dell'amministrazione ed ottenere il risarcimento del danno ingiusto derivante dalla c.d. perdita di "chances", cioè dal venir meno, per effetto della condotta non "jure" della stazione appaltante, dell'occasione di ottenere l'utilità patrimoniale conseguibile con la gara". Sulla "negligenza e superficialità" nella verifica dell'anomalia quali indici da cui desumere l'elemento soggettivo della responsabilità, Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563, in *Foro amm. CdS*, 2005, 4, 1131. Sulle difficoltà che solleva la giurisprudenza nel riconoscere il risarcimento del danno da illegittima esclusione per anomalia dell'offerta, M. PIGNATTI, *Il giudizio sulle offerte anomale*, cit. 1323ss..