

22 Mar 2017

Appalti, criteri di aggiudicazione e esclusione delle offerte anomale: tutti i nodi irrisolti del Correttivo

Paola Conio e Luca Leone

L'articolo 97 del Codice contratti, che reca la disciplina relativa alle offerte anormalmente basse, non è certamente tra le norme più riuscite della riforma, in particolare per quanto concerne la descrizione delle modalità di determinazione della soglia di sospetto nell'ipotesi di aggiudicazione al minor prezzo. Sebbene chiaramente ispirato dalla condivisibile intenzione di rendere meno prevedibile per i partecipanti il valore assunto dalla soglia di anomalia e, dunque, scoraggiare la formulazione opportunistica delle offerte e gli accordi diretti ad addomesticare i risultati della gara, l'articolo è scritto in modo poco chiaro e pone svariati problemi applicativi.

L'Anac, in considerazione delle numerose richieste di chiarimento pervenute dalle stazioni appaltanti, ha pubblicato lo scorso 5 ottobre un comunicato con il quale si davano indicazioni operative sull'articolo 97 le quali, tuttavia più che "chiarire" le disposizioni normative, ne integravano il contenuto, modificandone la portata. Per tale ragione ci si attendeva che il decreto correttivo avrebbe fatto tesoro delle (molte) critiche costruttive, risolvendo definitivamente i problemi operativi della nuova disciplina. Stando, tuttavia, al testo approvato dal Consiglio dei Ministri non sembra che l'intervento correttivo sortirà gli effetti sperati. Esaminando il testo riformulato si ha l'impressione che diverse proposte di modifica siano state affastellate senza che ne venisse assicurata la coerenza, dando così luogo a un testo, per alcuni versi, ancor più contraddittorio di quello vigente.

MENO DI 5 OFFERTE

L'articolo verrebbe modificato al fine di superare il problema determinato dall'impossibilità di utilizzare tre dei cinque metodi alternativi descritti dal secondo comma (anch'essi chiariti dalla proposta di modifica) nel caso in cui le offerte ammesse siano in numero inferiore a cinque. La problematica era stata evidenziata nel comunicato Anac citato, che invitava le stazioni appaltanti a precisare nel bando che non si sarebbe dato luogo al sorteggio del metodo da applicare per la determinazione della soglia di anomalia se le offerte ammesse fossero state, per l'appunto, inferiori a cinque. La giurisprudenza, invece aveva ritenuto che il sorteggio dovesse comunque avvenire ed essere ripetuto fintanto che non si fosse estratto uno dei due metodi applicabili anche nel caso in cui le offerte ammesse fossero state solo due.

Nello schema di decreto correttivo il comma 3-bis, di nuova introduzione, prevede che «il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, a dieci nel caso di cui al comma 8». Si propone, altresì, l'introduzione del comma 3-ter che prevede, come nel previgente art. 86 del Dlgs 163/2006, la facoltà di sottoporre a verifica ogni «altra» offerta che, in base ad elementi specifici, risulti anormalmente bassa. Quest'ultima disposizione, tuttavia, è sostanzialmente riprodotiva di quanto già previsto dal comma 6 – che non viene modificato dal correttivo – salvo che per l'introduzione del termine «altra». La nuova disposizione del comma 3-bis, sembrerebbe destinata a ingenerare confusione tra il metodo che occorre seguire per determinare la soglia di anomalia e le diverse conseguenze che dalla predetta determinazione derivano a seconda del tipo di gara. In altre parole, l'esigenza di determinare il limite oltre il quale le offerte risultano anormalmente basse dovrebbe sussistere, a tutela dell'interesse pubblico, a prescindere dal fatto che, una volta determinato tale limite, si possa o meno escludere automaticamente le offerte che lo superano o, invece, le si debba sottoporre a verifica. Conseguentemente, non si comprende per quale motivo le stazioni appaltanti non potrebbero/dovrebbero applicare i metodi previsti dal comma 2 per determinare la soglia di sospetto nel caso in cui, versandosi nell'ipotesi del comma 8 dell'art. 97, le offerte ammesse siano inferiori a dieci ma superiori a cinque e, quindi, non sussistano ostacoli oggettivi all'applicazione delle varie metodologie descritte al secondo comma. Nel caso la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, dovrebbe essere tale facoltà ad essere concretamente esercitabile solo se le offerte ammesse sono in numero superiore a dieci, e non la determinazione della soglia di sospetto oltre la quale le offerte andrebbero comunque verificate.

Allo stato delle modifiche proposte, pertanto, nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso vi sarebbe l'obbligo di valutare le offerte che superano la soglia di anomalia determinata ai sensi del comma 2 se le offerte ammesse siano più di 5 a meno che la stazione appaltante non abbia previsto nel bando la facoltà di esclusione automatica. Nel qual caso non si dovrebbe procedere affatto a determinare la soglia predetta se le offerte ammesse fossero in numero inferiore a 10. Al massimo, la stazione appaltante avrebbe la possibilità di valersi del comma 3-ter (o del comma 6, sempre che la duplicazione quasi testuale della previsione non venga elisa). È evidente l'intenzione di sacrificare l'attenzione sostanziale alla sostenibilità delle offerte, a vantaggio della semplificazione e della riduzione del numero dei contenziosi. Tuttavia, tale apparente risparmio potrebbe pagarsi in termini di difficoltà e contenziosi nella fase esecutiva.

ESCLUSIONE AUTOMATICA

Ma l'art. 97, così come proposto, ingenera soprattutto significativi dubbi in rapporto alle disposizioni dell'art. 95, in particolare per quanto attiene agli affidamenti di lavori. Leggendo in particolare il comma ottavo, così come modificato dalla proposta di correttivo, si dovrebbe dedurre che il criterio del prezzo più basso sia utilizzabile, per i lavori, per tutti gli affidamenti sotto soglia. Come noto, la riforma ha sensibilmente circoscritto le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare il criterio del minor prezzo. Il comma 4 della citata disposizione, anche nella versione modificata dal Correttivo, limita tale possibilità, per quanto concerne i lavori, a quelli affidati su progetto esecutivo di importo inferiore a un milione. Non si comprende, quindi, come le nuove previsioni del comma ottavo possano coordinarsi con l'art. 95 comma 4, che come detto non include i lavori superiori al milione tra le ipotesi per le quali è consentito ricorrere al prezzo più basso. L'ipotesi – che comunque non viene minimamente ventilata dalla relazione illustrativa – potrebbe essere quella di riferire la previsione della possibilità teorica di affidamenti al prezzo più basso oltre al milione alla nuova fattispecie della lettera c-bis del comma 4 dell'art. 95. Tale nuova disposizione prevede *tout court* la possibilità di ricorrere al prezzo più basso nei casi di urgenza. Il che, considerando che probabilmente si tratterebbe di interventi molto poco definiti potrebbe legittimare un affidamento quasi casuale, basato meramente sull'alchimia di un numero magico: quello del miglior ribasso della prima offerta risultata non anomala con l'applicazione di un metodo sorteggiato in gara.

OBBLIGO DI OFFERTA PIU' VANTAGGIOSA

Peraltro, neppure con riferimento all'art. 95 sono state proposte con il decreto correttivo quelle modifiche che sarebbero apparse doverose in considerazione del contrasto giurisprudenziale già formatosi nei pochi mesi di vita della riforma. Ovvero, non sono state inserite disposizioni che chiarissero il rapporto tra il comma terzo e il comma quarto e, conseguentemente, fornissero indicazioni certe sul comportamento da seguire nel caso in cui una fattispecie rientrasse, teoricamente, sia nella casistica del comma tre (valutazione qualità prezzo obbligatoria) che in quella del comma 4 (valutazione al minore prezzo facoltativa). Considerando anche la modifica relativa al costo medio del lavoro previsto nelle tabelle ministeriali come minimo invalicabile nella valutazione di congruità, l'art. 97, così come riformulato risulterebbe ancora più complesso, contraddittorio e foriero di possibili contenziosi di quanto già non lo sia nella versione attuale.