

## CAPITOLO VII

### LA GESTIONE DELLA PROCEDURA DI GARA

SOMMARIO: 1. Lo svolgimento della procedura. - 2. Le sedute di gara. - 3. La verifica a campione. - 4. Le offerte anomale. - 4.1. I criteri di individuazione della soglia di anomalia e la procedura di verifica dell'anomalia delle offerte. - 4.2. Ipotesi residuali di applicazione dell'esclusione automatica. - 5. Gli obblighi di comunicazione in capo alla stazione appaltante. - 6. L'accesso agli atti. - 6.1. Le recenti modifiche alla disciplina dell'accesso agli atti di gara. - 7. Il principio di integrazione documentale.

#### 1. Lo svolgimento della procedura

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, la fase dell'affidamento dell'appalto è regolata da una serie di norme e principi riconducibili alla natura pubblicistica del soggetto appaltante e della prestazione.

In altre parole, l'affidamento nelle procedure concorsuali è sottratta ai poteri di autonomia negoziale delle parti tipici della contrattazione tra soggetti privati, ed è affidata esclusivamente all'esito di un procedimento amministrativo improntato ai canoni di trasparenza, imparzialità, *par condicio*, etc..

Tale peculiarità permane fino al momento della stipula del contratto d'appalto, laddove inizia una nuova fase, quella dell'esecuzione, in cui sorge il vincolo giuridico negoziale tra amministrazione ed appaltatore e viene a degradare la natura pubblicistica del rapporto contrattuale.

Come evidenziato nel Capitolo I, il primo atto della procedura ad evidenza pubblica è la determinazione o delibera a contrattare, cui fa seguito la pubblicazione del bando o dell'avviso.

Successivamente, scaduto il termine di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, si apre la procedura di gara vera e propria, con la presentazione delle offerte e l'esame delle stesse da parte della stazione appaltante.

In sintesi, il procedimento di selezione del contraente si articola nelle seguenti fasi:

- 1) determinazione a contrarre;
- 2) predisposizione della documentazione di gara: bando, disciplinare, capitolato etc;
- 3) richiesta del CIG all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e pagamento della contribuzione, ove previsti (il CIG va richiesto per appalti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 20.000 Euro; per lavori, dai 40.000 Euro in su);
- 4) pubblicità (pubblicazione bando o invito; spedizione lettera d'invito);
- 5) presentazione delle offerte;

**Le procedure di gara si articolano in una pluralità di fasi**

6) svolgimento della gara:

6.a) apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e verifica a campione;

6.2) valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione giudicatrice in seduta riservata (in caso di offerta economicamente più vantaggiosa);

6.3) apertura offerte economiche in seduta pubblica con attribuzione punteggio prezzo e lettura della graduatoria;

6.4) verifica delle offerte anomale;

6.5) aggiudicazione provvisoria - approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'Organo di controllo della S.A. - dichiarazione di aggiudicazione definitiva;

6.6) invio delle comunicazioni di aggiudicazione definitiva *ex art. 79*, comma 5, d.lgs. n. 163/06, ed inizio del termine di sospensione della stipula del contratto (*stand-still period*);

6.7) verifica requisiti in capo all'aggiudicatario ed al secondo classificato;

6.8) aggiudicazione definitiva efficace in esito alla compiuta verifica dei requisiti;

6.9) decorso il termine sospensivo, stipula del contratto d'appalto.

Queste, in via generale, sono le fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

## 2. Le sedute di gara

L'esame delle offerte presentate dai concorrenti si svolge in un'apposita seduta di gara, alla quale trovano applicazione i principi di pubblicità e continuità della gara.

Il principio di pubblicità delle sedute discende dai canoni costituzionali di buona amministrazione ed imparzialità, e trova ulteriore conferma nell'art. 2, comma 1, del Codice, che prevede espressamente che tutti gli affidamenti devono avvenire nel rispetto di una serie di principi di derivazione comunitaria, tra cui proprio quello di pubblicità.

In principio in parola è inderogabile (salve le ipotesi di seguito analizzate) e si applica a prescindere da un espresso richiamo nelle norme di gara, atteso che costituisce una regola generale riconducibile ai citati principi di buon andamento ed imparzialità (*cf.* TAR Lombardia Milano, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 335).

Eventuali violazioni del principio in esame integrano vizi del procedimento che comportano l'annullamento della procedura e l'invalidità derivata di tutti gli atti successivi, compresa l'aggiudicazione (*cf.* *ex multis* TAR Piemonte Torino, Sez. I, 14 gennaio 2009, n. 82).

In via generale, devono svolgersi in seduta pubblica:

- la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, (busta amministrativa, busta tecnica, busta economica), al fine di evitare che il contenuto venga alterato o manomesso nelle more della procedura;

**La pubblicità delle sedute è principio inderogabile e trova applicazione generalizzata perché deriva dai principi costituzionali di buon andamento (art. 97 Cost.) e dei principi comunitari del Trattato**

**Adempimenti che debbono essere svolti dalla commissione in seduta pubblica**

- la verifica della regolarità della documentazione amministrativa;
- l'apertura dell'offerta economica.

In tale ottica, la stazione appaltante deve indicare data, luogo ed ora delle sedute pubbliche negli atti di gara, o in distinto provvedimento tempestivamente comunicato ai concorrenti, al fine di consentire la partecipazione ai legali rappresentanti (o ai soggetti muniti di specifica delega) di ciascuna impresa partecipante; ciò al fine di garantire la trasparenza (pubblicità) e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

La S.A., dunque, è tenuta ad indicare, nel bando o nell'invito, la data, l'ora ed il luogo di svolgimento della prima seduta di gara pubblica, avendo cura di comunicare le eventuali, successive sedute pubbliche con apposita comunicazione ai concorrenti.

Il principio di pubblicità delle sedute di gara trova, tuttavia, una deroga nelle ipotesi in cui le operazioni di gara debbano svolgersi in seduta riservata.

La distinzione tra sedute pubbliche e sedute riservate si fonda sulla tipologia delle attività e dei poteri demandati alla commissione, che è l'organo cui compete la gestione della procedura.

Le sedute riservate sono consentite quando la commissione debba svolgere attività che presuppongono l'esercizio di valutazioni di natura discrezionale, al fine di evitare condizionamenti o intralci al giudizio imparziale dei membri dell'organo in parola.

Per tali ragioni, viene operata una distinzione tra sedute pubbliche e sedute riservate fondata sul criterio di aggiudicazione fissato nel bando o nell'atto di indizione della gara.

Nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso (*cf.* art. 82 del Codice), e vi sia, dunque, un'aggiudicazione automatica, non vi è distinzione tra offerta tecnica ed offerta economica, tra commissione di gara e commissione giudicatrice.

Pertanto, la commissione di gara può svolgere tutto l'*iter* procedurale in un'unica seduta pubblica, provvedendo all'apertura dei plichi, alla verifica della documentazione amministrativa, all'ammissione e/o esclusione dei concorrenti, alla verifica a campione *ex* art. 48 del Codice, all'apertura delle buste economiche, alla determinazione della soglia di anomalia, etc..

Quando, invece, il criterio di selezione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si opera una precisa distinzione tra le attività demandate alla commissione di gara e le attività della commissione giudicatrice *ex* art. 84 del Codice.

In tali ipotesi, la seduta pubblica termina con l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche e la puntualizzazione di quanto ivi contenuto, mentre la valutazione di tali offerte viene effettuata dalla commissione giudicatrice in seduta riservata prima dell'apertura delle offerte economiche.

Terminate le operazioni di giudizio delle relazioni tecniche, verrà indetta un'ulteriore seduta pubblica in cui si procederà alla lettura dei

**La commissione si riunisce in seduta riservata quando deve svolgere valutazioni discrezionali delle offerte di natura tecnica, o quando deve valutare l'anomalia delle offerte**

punteggi tecnici, all'apertura delle buste contenenti il prezzo, all'aggiudicazione provvisoria, etc..

Analogamente, si procederà in seduta riservata (sia in caso di prezzo più basso, sia in caso di offerta economicamente più vantaggiosa) per la valutazione delle offerte anomale, in quanto trattasi di sub-procedimento in cui la commissione deve svolgere una valutazione, espressione di discrezionalità tecnica, circa la eventuale incongruità delle offerte assoggettate alla verifica di anomalie, e, dunque, insuscettibile di essere espletata in seduta pubblica.

Tali principi trovano espressa conferma nella costante giurisprudenza: *“in tema di gare, per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica e procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici: per le prime la pubblicità delle sedute è generalmente totale al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare; per le seconde occorre tenere presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro della regolarità dei plichi presentati contenenti la documentazione amministrativa e le offerte tecnica ed economica, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, la quale va effettuata, assieme all'apertura della relativa busta, in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice”* (cfr. ex multis TAR Veneto Venezia, Sez. I, 27 gennaio 2010, n. 174).

Corollario del canone di pubblicità è il principio di continuità e concentrazione della procedura di gara.

Tale principio, sancito dall'art. 71, R.D. n. 827/1924, Regolamento di contabilità di Stato, è espressione del più generale canone della *par condicio*, ed impone che le operazioni di gara debbano essere il più possibile ravvicinate, senza soluzione di continuità, e svolgersi entro limiti temporali stringenti.

La *ratio* di tale prescrizione è quella di garantire l'indipendenza di giudizio di chi presiede la gara, sottraendolo da possibili influenze esterne (cfr. A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, p. 374).

Le operazioni di gara, dunque, devono svolgersi in una sola seduta o in poche sedute ravvicinate; le deroghe a tale principio sono ammissibili, previa adeguata motivazione, solo in presenza di particolari situazioni che impediscano obiettivamente la conclusione delle attività in una sola seduta (ad es. quando sia necessario acquisire un parere esterno o richiedere integrazioni documentali ad una pluralità di concorrenti).

Non sussistono, invece, i presupposti della legittima deroga al principio di continuità e concentrazione, nell'ipotesi in cui tra più sedute di gara la stazione appaltante faccia trascorrere un lasso di

**Le procedure di gara debbono svolgersi secondo i principi di continuità e concentrazione**

**Le deroghe al principio di continuità della gara sono consentite solo per situazioni obiettive e debbono essere adeguatamente motivate**

tempo esteso, senza darne giustificazione nei verbali (*cf.* TAR Puglia Bari, Sez. I, 2 febbraio 2010, n. 244).

Nel caso in cui la gara, per motivazioni obiettive, debba articolarsi in più sedute, la S.A. è tenuta alla custodia dei plichi e dei documenti e ad adottare misure per la loro conservazione, che devono essere idonee a garantirne la segretezza e ad evitare l'alterazione, sostituzione o lo scambio dei documenti, che possano incidere sul regolare esito della gara; la scelta delle misure adottate va menzionata nei verbali di gara.

Infine, va evidenziato che la recente giurisprudenza ha sancito la generalità del principio di pubblicità delle sedute, ritenendolo applicabile a prescindere dalla tipologia di procedura di gara prescelta dall'amministrazione.

In tal senso, il principio in esame è da applicarsi anche agli appalti in tutto o in parte sottratti all'applicazione della normativa pubblicistica (ad es. appalti di servizi di cui all'All. II B del Codice), alle procedure negoziate e agli affidamenti in economia (*cf.* TAR Lombardia, Sez. I, 21 febbraio 2007, n. 335; TAR Piemonte Torino, sez. I, 9 aprile 2009, n. 986).

Le attività, le valutazioni e le determinazioni della commissione di gara sono riportate in appositi verbali che hanno valore di atto pubblico, facente prova sino a querela di falso.

### **3. La verifica a campione**

Prima di esaminare l'istituto della verifica a campione, va ricordato che con d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 e s.m.i., recante la disciplina in tema di semplificazione della documentazione amministrativa, il Legislatore ha sancito che tutti gli stati, fatti e qualità personali sono comprovati dall'interessato, a titolo definitivo, mediante autocertificazione (art. 46) o dichiarazione sostitutiva di atto notorio (art. 47).

In particolare, le dichiarazioni rese dai soggetti che hanno rapporti con una pubblica amministrazione hanno la stessa validità ed efficacia degli atti che sostituiscono, assumendo, peraltro, carattere definitivo.

Il medesimo decreto prevede, all'art. 71, che le amministrazioni procedenti sono tenute ad espletare idonei controlli, anche a campione, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del citato d.P.R. 445/00, con l'applicazione di sanzioni penali in caso di dichiarazioni mendaci (*cf.* Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 15/00).

In tale prospettiva, il d.lgs. n. 163/06 all'art. 38, comma 2, prevede che i candidati e/o concorrenti alle pubbliche gare attestano, mediante dichiarazione sostitutiva resa in conformità delle disposizioni del citato d.P.R. n. 445/00, il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, ovvero i requisiti inerenti l'affidabilità morale e professionale, nonché quelli di capacità economico-finanziaria e

**Se la procedura non si conclude in un'unica seduta, i plichi vanno conservati, adottando misure idonee a garantirne la segretezza**

**Anche le procedure negoziate, le gare informali e gli affidamenti in economia debbono svolgersi in seduta pubblica**

tecnico-organizzativa, richiesti dalle stazioni appaltanti ai fini dell'ammissione alle gare.

I requisiti anzidetti sono oggetto di apposite verifiche, secondo i citati principi, anche al fine di evitare, attraverso la verifica a campione delle dichiarazioni rese in sede di gara, la possibilità che i concorrenti rendano dichiarazioni non veritiere, tali da inficiare la correttezza della procedura di selezione del contraente.

Quanto ai requisiti di affidabilità morale e professionale, di cui all'art. 38 del Codice, come già evidenziato nella relativa trattazione (vedi Capitolo V), spetta alle amministrazioni svolgere presso gli enti competenti le necessarie verifiche d'ufficio in capo a uno o più concorrenti, secondo quanto stabilito nella *lex specialis*.

Con riferimento, invece, ai requisiti di ordine speciale (capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa), il Legislatore, in maniera innovativa, ha esteso la disciplina della cd. "verifica a campione" (originariamente prevista per i soli appalti di lavori pubblici dall'abrogato art. 10, comma 1-quater, legge n. 109/94) alle procedure per l'affidamento di servizi e forniture di qualsiasi importo.

E infatti l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163/06 prevede che le amministrazioni, prima di procedere all'apertura delle offerte presentate (e cioè delle offerte economiche), richiedono ad un numero di concorrenti non inferiore al 10% delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, dichiarati in sede di offerta, entro un termine di 10 giorni, mediante la presentazione della documentazione specificamente richiesta nel bando o nel disciplinare di gara.

Dunque, la verifica a campione va fatta preventivamente all'apertura delle offerte economiche, e cioè senza conoscere l'esito della gara, ancorché provvisorio.

Di norma, il sorteggio viene effettuato nella prima seduta di gara, dopo l'apertura delle offerte amministrative e la verifica della regolarità ed integrità dei plichi ivi contenuti.

Qualora la prova dei requisiti dichiarati non venga fornita dagli operatori sorteggiati o non vengano confermate le dichiarazioni rese in sede di offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della cauzione provvisoria prestata a corredo dell'offerta, nonché alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti di cui all'art. 6 del Codice (vedi trattazione relativa all'Organo di Vigilanza); inoltre, la dichiarazione mendace deve essere segnalata alla Procura della Repubblica.

Il comma 2 del citato art. 48, prevede, inoltre, che la richiesta della documentazione probatoria è inoltrata, entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al secondo classificato, qualora tali soggetti non siano già stati chiamati a comprovare i requisiti in esito al sorteggio pubblico espletato in corso di gara.

**Come si svolge la verifica a campione**

**La verifica a campione si applica a servizi e forniture a prescindere dall'importo. Per lavori, la verifica va espletata sotto i 150.000 Euro e sopra i 20.658.276,00 Euro**

Quanto all'ambito di applicazione della verifica a campione, l'art. 48, comma 1, del Codice, si applica a:

- appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 Euro;
- appalti di lavori di importo superiore a 20.658.276,00 Euro;
- appalti di servizi e forniture di qualsiasi importo.

Infatti, con riguardo ai lavori, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, in forza del sistema di qualificazione SOA di cui al d.P.R. n. 34/2000, sono comprovati dall'attestazione SOA, che è necessaria e sufficiente ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione di lavori pubblici, esonerando, quindi, la stazione appaltante dalla verifica a campione.

Tuttavia, il principio di necessità e sufficienza della SOA incontra due deroghe, in cui risorge l'obbligo di espletare la verifica *ex* art. 48: la prima riguarda gli appalti sotto i 150.000 Euro, per i quali l'art. 28 del d.P.R. n. 34/2000, richiede requisiti "inferiori" rispetto al possesso della qualificazione SOA (lavori eseguiti per un importo pari almeno a quello dell'appalto, costo del personale e adeguata attrezzatura tecnica).

In questo caso, la verifica a campione sarà diretta a comprovare il possesso dei requisiti richiesti dall'art. 28 cit., fermo restando che ove l'impresa possieda una qualunque attestazione SOA, essa sarà sottratta alla verifica.

La seconda deroga al principio di necessità e sufficienza della SOA è prevista dall'art. 3, comma 6, del medesimo decreto n. 34/2000, per gli appalti di lavori superiori ad €20.658.276,00, per i quali occorre il possesso dell'attestazione SOA nella classifica più elevata (VIII) ed un fatturato ulteriore.

In tale fattispecie, la verifica a campione avrà ad oggetto proprio il requisito ulteriore richiesto dal comma 6 dell'art. 3, in quanto non "coperto" dalla SOA.

Con riferimento, invece, alle gare per l'affidamento di servizi e forniture, la disposizione di cui all'art. 48 del Codice ha piena valenza. In tali ipotesi, infatti, le amministrazioni hanno l'obbligo di procedere alla verifica a campione della veridicità delle dichiarazioni rese dai fornitori o prestatori di servizi, in merito al possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti ai fini dell'ammissione alla gara (fatturato, forniture/servizi analoghe/i, elenco attrezzature e/o tecnici, ecc.), a prescindere dall'importo a base di gara.

Ulteriore profilo da esaminare, con riguardo alla verifica in esame, riguarda la natura del termine per fornire i documenti a comprova dei requisiti.

In proposito, è stato osservato che, anche se il termine non è qualificato espressamente dalla norma come perentorio, tuttavia, tale carattere può desumersi dall'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla medesima disposizione e dall'automaticità delle sanzioni a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro dieci giorni.

**Il termine di 10 giorni per presentare i documenti va inteso come termine perentorio, salva l'ipotesi di causa non imputabile al concorrente (che va comprovata)**

Inoltre, a sostegno della perentorietà, la giurisprudenza ha sottolineato che il termine previsto dall'art. 48 è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara e che, quindi, una qualificazione del termine meramente sollecitatorio sarebbe in ogni caso incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 42).

In altre parole, la *ratio* della natura perentoria del termine risiede nella necessità di non compromettere, con il protrarsi del sub-procedimento di sorteggio e verifica, la speditezza e la concentrazione della gara.

Tuttavia, la commissione può discrezionalmente decidere di prolungare tale termine, laddove sussista un principio di allegazione o in caso di impossibilità di produrre il documento per causa non imputabile al concorrente (cfr. TAR Puglia Bari, Sez. I, 23 febbraio 2010, n. 667; TAR Puglia Lecce, Sez., II, 4 febbraio 2010, n. 83).

Quando la verifica dei requisiti viene fatta in capo al primo e al secondo classificato, nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le dichiarazioni rese, occorrerà determinare la nuova soglia di anomalia dell'offerta e procedere alla conseguente, eventuale nuova aggiudicazione.

Sul punto, la recente giurisprudenza ha chiarito che la stazione appaltante deve rideterminare la soglia di anomalia soltanto quando la verifica dei requisiti risulti infruttuosa sia per il primo, sia per il secondo classificato.

Pertanto, *“se in esito al controllo sui requisiti di cui all'art. 48 del Codice, l'offerta dell'aggiudicatario viene eliminata, l'aggiudicazione spetta al soggetto che si colloca in graduatoria nella posizione immediatamente successiva e, solo se anche quest'ultimo non dovesse comprovare il possesso dei requisiti richiesti e dichiarati in gara, si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e, conseguentemente, ad una nuova aggiudicazione”* (cfr. TAR Piemonte Torino, Sez. II, 16 gennaio 2008, n. 44).

In caso di mancata prova o mancata conferma dei requisiti dichiarati, le sanzioni, da adottarsi da parte della S.A., previste dall'art. 48 sono:

- 1) esclusione dalla gara o revoca dell'aggiudicazione provvisoria;
- 2) escussione della cauzione provvisoria (secondo il giudice amministrativo tale sanzione deve applicarsi soltanto ove la partecipazione del concorrente abbia falsato la procedura selettiva con obbligo della S.A. di ripetere le operazioni di gara inficiate, es. calcolo soglia anomalia);
- 3) segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, del Codice (sanzione pecuniaria da 25.822 € fino a 51.545 € in caso di false dichiarazioni); l'Autorità dispone, altresì, la sospensione da 1 a 12 mesi dalla partecipazione alle gare per falsa dichiarazione, all'esito di un contraddittorio con l'operatore segnalato;
- 4) segnalazione della dichiarazione mendace alla Procura della Repubblica (che costituisce un dovere per l'amministrazione, in

**La rideterminazione della soglia di anomalia, secondo il G.A., va fatta solo quando sia il 1° classificato, sia il 2° omettano di comprovare i requisiti dichiarati**

**Le sanzioni da applicare in caso di esito negativo della verifica a campione**



presenza di fatti obiettivamente riconducibili ad una fattispecie di reato).

Sull'applicabilità delle sanzioni di cui all'art. 48, il Giudice amministrativo ha precisato che l'amministrazione è tenuta alla rigida applicazione dei provvedimenti ivi previsti soltanto ove effettivamente ricorrano i presupposti della dichiarazione mendace.

Infatti, è stato ritenuto che *“dette disposizioni vanno interpretate secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve. In altre parole, quando la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, ben conscia delle conseguenze sfavorevoli relative alla non aggiudicazione (definitiva) della selezione in suo favore (nonché della non conclusione del contratto), non si deve procedere all'incameramento della cauzione a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (ad esempio in ordine al calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa”* (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II, 6 marzo 2009, n. 2341).

Infine, circa la natura dei documenti da presentare ai fini della comprova dei requisiti, si rinvia al capitolo relativo ai requisiti di qualificazione.

In caso di mancata indicazione nella legge di gara dei documenti da presentare *“è ammissibile la dimostrazione degli stessi con documenti probatori, pur se non istituzionalmente riconosciuti”* (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 13 settembre 2006, n. 8493)

#### **4. Le offerte anomale**

Quando l'amministrazione avvia la procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, essa ha interesse ad ottenere il prezzo più basso o, comunque, le condizioni più vantaggiose.

Spesso, però, il prezzo più basso offerto per una determinata prestazione non è necessariamente la soluzione più conveniente per la stazione appaltante, in quanto offerte troppo basse possono essere indizio di scarsa serietà ed affidabilità, e possono condurre ad una cattiva esecuzione dell'appalto non essendo idonee a garantire all'impresa il conseguimento di un adeguato profitto.

Il legislatore, al fine di porre un freno al fenomeno delle offerte anormalmente basse, ha da sempre tentato di elaborare dei sistemi di individuazione delle offerte anomale, o meglio delle tecniche che consentissero di individuare la soglia di anomalia, ovvero il valore a partire dal quale le offerte potevano ritenersi eccessivamente basse.

Tale valore è stato ritenuto individuabile nel prezzo di mercato della prestazione rappresentato dalla media delle offerte pervenute.

**Le sanzioni da applicare in caso di esito negativo della verifica a campione: limite elaborato dalla giurisprudenza**

**Le offerte troppo basse possono denotare poca serietà dell'impresa ed incapacità ad eseguire a regola d'arte le prestazioni oggetto dell'appalto**

Nella disciplina anteriore al Codice degli appalti si sono venuti a delineare due distinti sistemi di “gestione” delle offerte incongrue: l’esclusione automatica (e cioè l’estromissione dalla gara di tutte le offerte con un ribasso superiore ad una determinata soglia di valore) e l’esclusione in esito alla valutazione delle giustificazioni a corredo dell’offerta.

Tuttavia, considerato il disfavore del Giudice comunitario nei confronti di criteri automatici di esclusione delle offerte incongrue, la normativa nazionale si è progressivamente attestata sull’adozione di procedure volte a verificare le varie componenti dell’offerta presunta anomala, anche ricorrendo al contraddittorio con l’impresa, relegando, quindi, l’utilizzo di criteri automatici di esclusione delle offerte anomale ad ipotesi residuali.

#### **4.1. I criteri di individuazione della soglia di anomalia e la procedura di verifica delle offerte anomale**

La disciplina del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta si rinviene nella Parte II, Titolo I, del Codice dei contratti pubblici, agli artt. 86, 87, 88, 89.

Tali norme si applicano a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo superiore ed inferiore alla soglia comunitaria, salve le residuali ipotesi in cui è consentito il ricorso all’esclusione automatica, che saranno esaminate di seguito.

Il primo passo della procedura di valutazione consiste nell’individuazione della soglia di anomalia, che va effettuata con diverse modalità a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante ed indicato nel bando (massimo ribasso o offerta economicamente più vantaggiosa).

Per gli appalti da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso, l’art. 86, al comma 1, adotta il criterio matematico di individuazione delle offerte anomale previsto dalla legge Merloni per i lavori, comunemente conosciuto come “taglio delle ali”.

Il suddetto comma sancisce il principio secondo cui le stazioni appaltanti devono valutare la congruità delle offerte che presentino un ribasso eccedente la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, con esclusione del 10% delle offerte di maggiore e di minor ribasso, media incrementata dalla media aritmetica degli scarti delle offerte che superano la prima media (vedi tabella allegata alla fine del presente capitolo).

Applicando tale criterio matematico, la stazione appaltante individua la soglia di anomalia, ovvero il ribasso a partire dal quale le offerte si presumono anomale (ad es. se la soglia di anomalia è pari ad un ribasso del 10%, sono presunte anomale tutte le offerte con ribasso pari o superiore al 10%).

Tuttavia, ai sensi dell’art. 86, comma 4, quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non trova applicazione il cd. sistema delle medie di cui al comma 1, e le stazioni appaltanti possono

**Il primo passo della procedura è individuare la soglia di anomalia**

**Nelle gare con il criterio del massimo ribasso, la soglia si calcola applicando l’art. 86, comma 1, del Codice, con il sistema delle medie**

**Se le offerte presentate sono inferiori a 5, non si applica il criterio delle medie e la S.A. può valutare la congruità di qualsiasi offerta che appaia anomala**

valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, ai sensi del comma 3 del medesimo art. 86.

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

Ne discende che, in caso di criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, l'applicazione del criterio di individuazione della soglia di anomalia è subordinata alla circostanza che siano pervenute alla stazione appaltante almeno cinque offerte valide; nel caso in cui venga presentato un numero inferiore di offerte, spetta all'amministrazione, nell'ambito di una valutazione di natura discrezionale, identificare le eventuali offerte sospette di anomalia da sottoporre a verifica.

Nel caso in cui il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il comma 2 dell'art. 86 dispone che le stazioni appaltanti devono procedere alla valutazione di congruità delle offerte, in relazione alle quali sia il punteggio assegnato all'elemento prezzo sia la somma dei punteggi assegnati agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punteggi massimi stabiliti nel bando.

Anche in questa ipotesi, si applica quanto previsto dal comma 3 dell'art. 86, che riserva alle stazioni appaltanti, in ogni caso, la facoltà di valutare la congruità di ogni altra offerta che appaia anormalmente bassa, basandosi su ulteriori e distinti elementi dell'offerta che ne possano far presumere l'incongruità.

Con riguardo agli elementi specifici che la stazione appaltante può considerare al fine di valutare la congruità o meno delle offerte, il Giudice amministrativo ha ritenuto che la "credibilità" dell'offerta viene ponderata, di norma, avendo quali parametri la qualità e l'economicità della stessa (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 marzo 2009, n. 2166) e che, comunque, per "attivare" la procedura di verifica dell'anomalia "*occorre che vi sia un fumus, un sospetto di anomalia sulla base di elementi specifici*" (cfr. Cons. Stato, 21 aprile 2009, n. 3143).

Successivamente all'individuazione della soglia di anomalia e, dunque, delle offerte anormalmente basse (presunte), secondo i criteri dianzi elencati, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 88, comma 7, del Codice, sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala (in esito alla verifica in contraddittorio disposta ai sensi dell'art. 88, comma 4), procede allo stesso modo progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala.

In altre parole, la S.A. dovrà far partire le verifiche dall'offerta con il migliore ribasso o con il punteggio più elevato e sottoporla a verifica; qualora, all'esito della verifica, tale offerta venga ritenuta anomala, la S.A. procederà analogamente valutando l'offerta successiva in graduatoria fino ad individuare un'offerta congrua.

**Nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la soglia si calcola applicando l'art. 86, comma 2, del Codice**

**La valutazione dell'anomalia deve partire dall'offerta migliore; se previsto in bando, la S.A. può verificare contemporaneamente fino a cinque offerte**

In alternativa, la stazione appaltante, ove lo abbia espressamente previsto nella legge di gara, può procedere alla verifica contestuale delle migliori offerte, fino ad un massimo di cinque, fermo restando il rispetto delle prescrizioni disciplinanti lo svolgimento della procedura. L'art. 88, nel disciplinare il procedimento di verifica dell'anomalia, prevede una prima fase che si svolge per iscritto tra S.A. ed offerenti, ed una seconda fase, eventuale, in contraddittorio con la ditta sottoposta a verifica.

La prima fase si apre con la richiesta, da parte dell'amministrazione, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara e, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa, di quelle relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta.

Con tale richiesta, da effettuarsi per iscritto, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine perentorio, non inferiore a 15 giorni, per la presentazione delle giustificazioni richieste.

Se l'offerente non presenta le giustificazioni richieste entro il citato termine, l'offerta viene esclusa dalla gara.

Al riguardo, si ricorda che il d.l. n. 72/09, convertito in legge n. 102/09 ha abrogato il comma 5 dell'art. 86 cit. rimuovendo, conseguentemente, l'obbligo per le imprese concorrenti di corredare le offerte, sin dalla loro presentazione, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

Tuttavia, per esigenze di celerità la stazione appaltante può richiedere nel bando o nel disciplinare di gara, che i concorrenti presentino, sin dall'offerta, i documenti giustificativi, senza però comminare l'esclusione dalla procedura in caso di mancato rispetto di tale adempimento da parte dei concorrenti.

Circa la tipologia delle giustificazioni, l'art. 88, comma 2, prevede un elenco a titolo esemplificativo dei documenti che possono essere richiesti in questa fase della procedura (giustificazioni relative all'economia del procedimento di costruzione o al metodo di prestazione del servizio, alle soluzioni tecniche adottate, alle condizioni di particolare favore di cui dispone l'offerente per effettuare la prestazione, alle soluzioni tecniche adottate, al costo del lavoro etc.), fermo restando che la stazione appaltante può richiedere le giustificazioni che si rendano necessarie al fine di valutare la congruità di specifiche voci dell'offerta.

Non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, né in relazione agli oneri di sicurezza, secondo quanto previsto dall'art. 88, commi 3 e 4.

In particolare, la stazione appaltante, nella valutazione dell'anomalia, deve tenere conto dei costi relativi alla sicurezza – che non possono essere assoggettati a ribasso d'asta - che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità ed alle caratteristiche della prestazione.

**Le giustificazioni non possono essere richieste a pena di esclusione in sede di offerta**

**Non sono ammesse giustificazioni sui trattamenti salariali minimi stabiliti dalla legge**

Quanto al costo del lavoro, esso è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale; 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.

Al fine di valutare correttamente le giustificazioni prodotte dalla concorrente, il Codice dispone che la stazione appaltante, qualora lo ritenga opportuno, può istituire una apposita commissione alla quale demandare la valutazione delle giustificazioni prodotte in base a specifiche conoscenze tecniche (*cf.* art. 88, comma 1-bis, introdotto dalla legge n. 102/09).

Una volta pervenute le giustificazioni dell'offerente, ove queste siano ritenute esaustive ed idonee ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante procede con l'aggiudicazione della gara.

Al riguardo, va evidenziato che la valutazione delle giustificazioni è espressione di un potere tecnico discrezionale della stazione appaltante, insindacabile nel merito, salva l'ipotesi di valutazioni abnormi, manifestamente illogiche, affette da errori di fatto o fondate su motivazione insufficiente.

Il giudizio conclusivo della valutazione di congruità deve essere motivato; in particolare, in caso di giudizio di non anomalia dell'offerta è sufficiente una motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (*cf.* *ex multis* TAR Abruzzo Pescara, Sez. I, 15 aprile 2010, n. 244).

Diversamente, la motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo della procedura di verifica.

Qualora la stazione appaltante, valutate le giustificazioni, ritenga che esse non siano sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti, assegnando allo stesso un termine non inferiore a cinque giorni.

La stazione appaltante (o, se istituita, la commissione appositamente nominata) esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni e delle precisazioni fornite per iscritto dall'offerente.

Laddove tali precisazioni siano ritenute sufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta, la stazione appaltante dichiara l'offerta non anomala e procede all'aggiudicazione.

In caso contrario, invece, si apre la seconda fase del procedimento di verifica mediante la convocazione in contraddittorio dell'offerente, con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi, con l'invito ad indicare ogni elemento che sia ritenuto utile o, comunque, a fornire chiarimenti sugli elementi dell'offerta che, nonostante le precedenti precisazioni rese, non appaiano ancora sufficienti a garantirne la serietà e l'affidabilità.

**La S.A. può nominare una commissione per la valutazione delle giustificazioni**

**Il giudizio di congruità dell'offerta deve essere motivato; se l'offerta è ritenuta congrua, è sufficiente richiamare le giustificazioni prodotte; se l'offerta è giudicata anomala, occorre una motivazione specifica**

**L'esclusione di un'offerta per anomalia può avvenire soltanto dopo che sia stata espletata la verifica di congruità in contraddittorio con il concorrente**

Se il concorrente si presenta e fornisce chiarimenti ritenuti sufficienti ad escludere l'anomalia dell'offerta, la S.A. procede all'aggiudicazione.

Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione, la stazione appaltante può procedere, prescindendo dalla sua audizione, sulla scorta della documentazione fornita per iscritto.

Se il concorrente si presenta ed i chiarimenti da questi forniti non valgono ad escludere l'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante procede a verificare l'offerta successiva, fino ad individuare un'offerta congrua.

In ogni caso, ai sensi del combinato disposto degli artt. 87, comma 1 ed 88, comma 4, all'esclusione può provvedersi solo in seguito all'espletamento della fase di verifica in contraddittorio.

Nel caso in cui la S.A. giunga alla prima offerta al di sotto della soglia di anomalia, senza avere individuato un'offerta congrua (e quindi nel caso in cui tutte le offerte pari o superiori alla soglia siano ritenute anomale), la stessa non sarà tenuta più ad effettuare la verifica, potendo procedere direttamente all'aggiudicazione.

All'esito del procedimento di verifica di congruità, la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti (per iscritto ed in contraddittorio), risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, all'aggiudicazione in favore della migliore offerta non anomala.

#### **4.2. Ipotesi residuali di applicazione dell'esclusione automatica**

Come rilevato nel precedente paragrafo, il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale è applicabile nell'ordinamento interno in ipotesi residuali, limitate agli appalti di importo inferiore a soglie determinate.

Tale impostazione normativa deriva dalle censure formulate dal Giudice comunitario che ha dichiarato l'illegittimità della disciplina nazionale (con riferimento alla legge n. 109/94) dell'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sottosoglia che presentano carattere transfrontaliero, ovvero che abbiano caratteristiche tali da suscitare l'interesse di imprese straniere (*cf.* Corte Giustizia CE, Sez. IV, 15 maggio 2008, C/147/06 e C/148/06).

Tali censure sono state recepite, da ultimo, con il cd. terzo decreto correttivo del Codice, d.lgs. n. 163/06, con cui il Legislatore ha tentato di formulare una soluzione normativa congrua rispetto alle argomentazioni della Corte europea.

Pertanto, in base a quanto previsto dagli artt. 122, comma 9, e 124, comma 8, del Codice, come di recente novellati, soltanto al di sotto dell'importo di 1 milione di Euro per gli appalti di lavori, e di 100.000 Euro per gli appalti di servizi e forniture, la stazione appaltante ha la facoltà di ricorrere al criterio di esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, comma 1, cit., sempre che

**Il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale è limitato agli appalti di servizi e forniture sotto 100.000 Euro, e agli appalti di lavori sotto 1 milione di Euro, a condizione che vi siano almeno 10 offerte**

tale facoltà sia stata prevista in bando ed il numero delle offerte pervenute sia superiore a dieci.

Tale facoltà è, quindi, ammessa esclusivamente quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

Nel caso in cui alla gara vengano presentate meno di dieci offerte, le stazioni appaltanti procedono alla valutazione della congruità delle offerte anomale, ai sensi art. 86, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, in tale ipotesi, quindi, la stazione appaltante potrà avviare il procedimento di valutazione delle giustificazioni d'anzì esaminato, con riferimento ad ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

## **5. Gli obblighi di comunicazione in capo alla stazione appaltante**

La disciplina delle comunicazioni, relative agli atti e provvedimenti di gara, da rendersi d'ufficio da parte delle stazioni appaltanti, è contenuta nell'art. 79, comma 5 e ss., d.lgs. n. 163/06, norma questa di recente novellata dal d.lgs. n. 53/10, recante il recepimento della cd. direttiva ricorsi, 2007/66/CE.

Il suddetto decreto, che ha innovato completamente il sistema del contenzioso negli appalti pubblici, modificando, altresì, la disciplina delle comunicazioni al fine di garantire la piena e tempestiva conoscibilità degli atti e provvedimenti adottati dalla stazione appaltante.

Tale *ratio* assume valenza concreta ove rapportata al fine ultimo della normativa di recepimento della direttiva ricorsi, ossia il miglioramento dell'efficacia dei ricorsi giurisdizionali nell'ambito della contrattualistica pubblica.

L'art. 79, comma 5, del Codice, prevede che l'amministrazione comunica di ufficio:

**a)** l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni ai seguenti soggetti:

- aggiudicatario;
- concorrente che segue nella graduatoria;
- tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara;
- coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni;
- coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva assume una valenza fondamentale, in quanto, ai sensi dell'art. 11, comma 10, del Codice, è dall'invio dell'ultima di tali comunicazioni che decorre il termine di sospensione della stipula del contratto (vedi trattazione dei capitoli precedenti).

Inoltre, è dal ricevimento di tale comunicazione che decorre, per i destinatari della comunicazione, il termine di 30 giorni per proporre

**La S.A. è tenuta a comunicare d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, l'esclusione, la decisione di non aggiudicare e la data di stipula del contratto d'appalto**

eventuale impugnazione avverso l'aggiudicazione definitiva innanzi al Giudice amministrativo.

Tale dato appare dirimente al fine di escludere che l'amministrazione possa rendere noto l'esito della gara con modalità difformi rispetto a quelle previste dall'art. 79, comma 5, lett. a).

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che *“essendo puntualmente disciplinata la fase di comunicazione dell'atto di aggiudicazione, la legale conoscenza dello stesso non può ricondursi a forme diverse di partecipazione dell'esito del concorso (nella specie l'asserita pubblicazione all'albo non identifica la piena conoscenza della parte privata quale soggetto legittimato ad intraprendere ogni iniziativa di tutela)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5624).

**b)** L'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione. Anche in questo caso, il termine per proporre impugnazione avverso il provvedimento di esclusione decorre dal ricevimento della relativa comunicazione.

**b-bis)** La decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro.

**b-ter)** La data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, a tutti i soggetti ai quali va comunicata l'aggiudicazione definitiva.

Circa le modalità con cui effettuare le citate comunicazioni, il comma 5-bis dell'art. 79 prevede che esse vadano fatte in forma scritta:

- con lettera raccomandata A/R o mediante notificazione (e cioè tramite ufficiale giudiziario); ove la stazione appaltante utilizzi tali mezzi di comunicazione, dovrà dare, altresì, contestuale notizia dell'avvenuta spedizione al destinatario mediante posta elettronica, anche non certificata, o fax, al numero/indirizzo indicati in sede di candidatura o di offerta;

- mediante posta elettronica certificata (PEC);

- mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è stato espressamente autorizzato dal concorrente in sede di offerta o di domanda di partecipazione.

Ai fini delle comunicazioni, il bando o l'avviso fissano l'obbligo per i candidati o concorrenti di indicare il domicilio eletto per le comunicazioni e possono prevedere, altresì, ai medesimi fini, come obbligatoria l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica o del numero di fax.

Tale prescrizione appare, dunque, diretta a favorire l'utilizzo di strumenti elettronici per le comunicazioni *ex art. 79*, proprio nell'ottica di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Viene, poi, previsto, che la comunicazione di aggiudicazione definitiva e di avvenuta stipulazione del contratto, nonché la notizia della spedizione di tali comunicazioni a mezzo raccomandata o notificazione, sono inviate nello stesso giorno a tutti i destinatari,

**Dall'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione definitiva decorre il termine di sospensione della stipula del contratto; dal ricevimento, decorre il termine di impugnazione**

**Il comma 5-bis dell'art. 79 disciplina le modalità con cui effettuare le comunicazioni d'ufficio**

**Le comunicazioni debbono essere inviate nello stesso giorno a tutti i destinatari, salvo obiettivo impedimento**



eccetto nei casi di oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperire gli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax ad alcuni destinatari, o di altro impedimento oggettivo e comprovato.

Con riferimento al contenuto delle comunicazioni, esse devono contenere rispettivamente i seguenti dati e informazioni.

**Comunicazione di aggiudicazione definitiva:** essa è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno l'indicazione delle caratteristiche e dei vantaggi dell'offerta vincitrice ed il nominativo dell'aggiudicataria; l'onere di allegazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara. Tale comunicazione deve, inoltre, indicare la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

**Comunicazione di esclusione:** essa è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione; l'onere di allegazione del provvedimento di esclusione può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara. La comunicazione di esclusione deve indicare la data di scadenza (*rectius*: la durata) del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

**Comunicazione di non aggiudicare l'appalto o l'accordo quadro:** essa è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione; l'onere di allegazione del provvedimento può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara.

**Comunicazione della data di avvenuta stipula del contratto:** tale comunicazione deve contenere l'indicazione della data in cui è avvenuta la stipula e deve essere accompagnata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva; in alternativa, è consentito richiamare la motivazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata.

## 6. L'accesso agli atti di gara

La disciplina dell'accesso agli atti è contenuta nella legge n. 241/1990, recante le norme sul procedimento amministrativo, e si caratterizza per essere normativa di portata generale, in quanto finalizzata a garantire il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa.

Ai sensi dell'art. 22, comma 1, della suddetta legge, rubricato "*Definizioni e principi in materia di accesso*", "*Ai fini del presente capo si intende: a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi; b) per "interessati" tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; c) per "controinteressati" tutti i soggetti, individuati o facilmente*

**Contenuto delle comunicazioni  
ex art. 79, comma 5**

**La definizione del diritto di  
accesso agli atti si trova  
nell'art. 22, legge n. 241/90**

*individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza; d) per "documento amministrativo" ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale; e) per "pubblica amministrazione" tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario".*

Tale disposizione, da un lato, attribuisce agli interessati (cioè, a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso) il diritto di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi; dall'altro, prevede un'ampia definizione di documento amministrativo, nonché di pubblica amministrazione.

Con riferimento ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il Codice De Lise, in tema di accesso agli atti di gara, ha introdotto una disciplina speciale rispetto alla normativa generale di cui alla legge n. 241/90.

In particolare, al comma 2, vengono disciplinati i casi di differimento del diritto di accesso, ovvero le fattispecie in cui l'ostensione deve essere posticipata.

Il differimento del diritto di accesso opera nelle seguenti ipotesi:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

Il comma 3 dell'art. 13, dispone che, fino alla decorrenza dei termini indicati, gli atti dianzi elencati non possono essere comunicati a terzi o resi noti in qualsiasi altro modo; l'inosservanza della disciplina del differimento comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'art. 326 c.p (Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio).

La *ratio* del differimento risiede, di fatto, nella necessità di evitare, nelle more della definizione della procedura di selezione, che le

**Ipotesi di differimento  
dell'accesso agli atti**

istanze possano incidere sullo spedito andamento delle operazioni di gara, nonché nell'esigenza di escludere condizionamenti che possano influire sulle valutazioni della Commissione giudicatrice.

L'unica deroga, di elaborazione giurisprudenziale, al differimento dell'istanza di accesso formulata nel corso dello svolgimento della procedura si ha con riguardo ai verbali di gara (ad esclusione dei verbali relativi alla valutazione delle offerte tecniche) e ai provvedimenti di esclusione dalla gara, come confermato dal novellato art. 79, comma 5, del Codice (*cf.* TAR Puglia Lecce, Sez. II, 31 gennaio 2009, n. 178).

Resta fermo che, una volta decorso il termine fissato dal comma 3, l'accesso agli atti potrà essere consentito.

Ai sensi del successivo comma 5 dell'art. 13, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

In relazione alle ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b) (informazioni contenute nelle offerte che costituiscono segreti tecnici o altri aspetti riservati delle offerte), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

In tal caso, quindi, l'interesse alla riservatezza cede rispetto al diritto di difesa, concretandosi il cd. "accesso difensivo".

Il Legislatore, con i divieti di cui all'art. 13, comma 5, lett. a) e b), ha inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di accesso la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte, in modo da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non per prendere visione delle offerte, al fine di tutelare la propria aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri operatori, in modo da conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Tuttavia, il comma 5 subordina l'operatività del divieto di accesso alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, cioè,

**Secondo la giurisprudenza, nel corso della procedura di gara può essere consentito l'accesso ai verbali di gara relativi alle sedute pubbliche e ai provvedimenti di esclusione**

**Ipotesi in cui è vietato l'accesso agli atti**

**L'accesso va sempre consentito, in relazione alle offerte tecniche e ai loro aspetti riservati quando sia finalizzato alla difesa in giudizio (cd. accesso difensivo)**

che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

In ogni caso, l'art. 13, dopo aver individuato le ipotesi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che, in relazione alle informazioni in parola, è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

Tale disposizione ammette comunque l'accesso (anche quando sono in gioco segreti tecnici o commerciali) quando ciò sia funzionale alla difesa in giudizio di interessi connessi alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata istanza di accesso; in ogni caso, la stazione appaltante può adottare accorgimenti utili ad evitare la divulgazione di eventuali segreti tecnici o commerciali, inibendo la estrazione di copia di quelle parti dei documenti da cui potrebbero trarsi informazioni sui dati da mantenere segreti, se e nella misura in cui la loro acquisizione non risulti in ogni caso utile al ricorrente per la difesa in giudizio.

Ne discende, in forza del disposto normativo in esame, la prevalenza del c.d. accesso difensivo, già sancito in via generale dall'art. 24, comma 7, legge n. 241/1990. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2010, ordinanza n. 2814)

A titolo esemplificativo, si riporta, di seguito, una elencazione degli atti della procedura di gara che possono essere oggetto di accesso:

- determinazioni o delibere a contrarre o di indizione della gara;
- provvedimento di nomina della commissione giudicatrice;
- lettere di invito ed elenco dei soggetti invitati o che hanno presentato offerta;
- provvedimenti di aggiudicazione definitiva;
- verbali di gara;
- documentazione amministrativa dell'aggiudicataria e delle concorrenti;
- offerta tecnico-progettuale, ad eccezione dei documenti attinenti al segreto industriale o alla scoperta scientifica od al *know-how* aziendale (secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente), salvo il caso in cui l'accesso sia volto alla difesa in giudizio (c.d. principio di prevalenza dell'accesso difensivo)
- documenti giustificativi delle voci componenti l'offerta;
- offerte economiche.

L'accesso agli atti va esercitato secondo le modalità di cui agli artt. 24 e 25, legge n. 241/90.

L'istanza deve essere motivata e redatta in forma scritta; essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente.

Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni; pertanto, l'istanza dovrà essere formulata dai soggetti detentori di un interesse diretto, concreto e attuale.

**Esempio degli atti che possono essere oggetto di accesso**

**Modalità di esercizio del diritto di accesso**

Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi; l'esame dei documenti è gratuito, mentre il rilascio di copia è subordinato al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura.

Ricevuta l'istanza di accesso, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 184/06, se individua soggetti controinteressati, è tenuta a darne comunicazione agli stessi mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione.

Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, l'impresa controinteressata può presentare una motivata opposizione alla richiesta di accesso; decorso tale termine, l'amministrazione aggiudicatrice provvede sull'istanza di accesso, accertata la ricezione della comunicazione da parte della controinteressata.

Pertanto, ove l'impresa aggiudicataria (che è certamente il controinteressato nell'ambito delle procedure concorsuali) presenti motivata opposizione all'accesso agli atti, la stazione appaltante, ai fini dell'accoglimento o meno dell'istanza in parola, dovrà valutare la fondatezza di tale opposizione, ed eventualmente, se ricorrono i presupposti di cui all'art. 13 comma 5 cit., motivare in tal senso l'eventuale diniego all'accesso agli atti, fermo restando l'accesso difensivo di cui al comma 6 dianzi esaminato.

Decorso trenta giorni dalla richiesta di accesso, senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'istanza si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

### **6.1. Le recenti modifiche alla disciplina dell'accesso agli atti di gara**

Il Legislatore nazionale, con il d.lgs. n. 53/2010 di recepimento della cd. direttiva ricorsi (2007/66/CE), ha apportato una sostanziale modifica alla disciplina dell'accesso agli atti di gara, introducendo una nuova forma di accesso, del tutto informale e celere, finalizzata a garantire la tempestiva e completa conoscibilità dei provvedimenti e degli atti della procedura.

Tale modifica non è stata apportata alla norma del Codice disciplinante l'accesso agli atti (art. 13), bensì all'art. 79, comma 5, che, come dianzi evidenziato, disciplina le comunicazioni da rendersi d'ufficio da parte della S.A..

In particolare, è stato introdotto all'art. 79, il comma 5-quater, ai sensi del quale, fermi i divieti ed i differimenti dell'accesso previsti dall'art. 13, l'accesso agli atti è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti mediante visione ed estrazione di copia, senza necessità di istanza scritta di accesso e di provvedimento di ammissione.

**La disciplina dell'accesso agli atti alla luce dell'art. 79, comma 5-quater, del Codice**

Trattasi, dunque, di una sorta di automatismo procedurale che consente, nel limite dei dieci giorni successivi all'invio di ciascuna delle comunicazioni di cui all'art. 79, comma 5, cit. (aggiudicazione definitiva; esclusione; decisione di non aggiudicare; data di avvenuta stipula del contratto), una modalità di accesso agli atti di gara semplificata e informale.

In sintesi, ai sensi della disposizione in esame:

- l'accesso agli atti è consentito entro 10 giorni dall'invio della comunicazione del provvedimento (tale termine ridotto si giustifica avendo riguardo al termine di 30 giorni previsto per proporre impugnazione avverso gli atti di gara);
- non è richiesta istanza scritta da parte dell'interessato, né provvedimento di ammissione da parte della S.A., salvi i casi di differimento o divieto;
- l'accesso è consentito nella forma della presa visione ed estrazione di copia;
- nelle comunicazioni *ex art. 79, comma 5*, occorre indicare:
  - 1) gli atti per cui l'accesso è differito o vietato (ove ve ne siano);
  - 2) l'ufficio presso cui sarà consentito l'accesso;
  - 3) l'orario dell'ufficio.

E' previsto, altresì, sempre ai fini di garantire ai concorrenti la piena conoscibilità dei provvedimenti adottati dalla S.A., che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio a ciò preposto è aperto al pubblico o per tutto l'orario in cui il relativo personale presta servizio.

## **7. Il principio di integrazione documentale.**

L'art. 46 del Codice prevede che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, ma solo nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45 del medesimo decreto.

L'integrazione documentale, dunque, può essere consentita dall'amministrazione appaltante al fine di chiarire o integrare i documenti diretti a comprovare i requisiti di capacità dell'offerente e non gli elementi dell'offerta.

La *ratio* della disposizione in esame va individuata nell'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, e di evitare che queste possano essere alterate da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei prescritti requisiti da parte degli operatori economici.

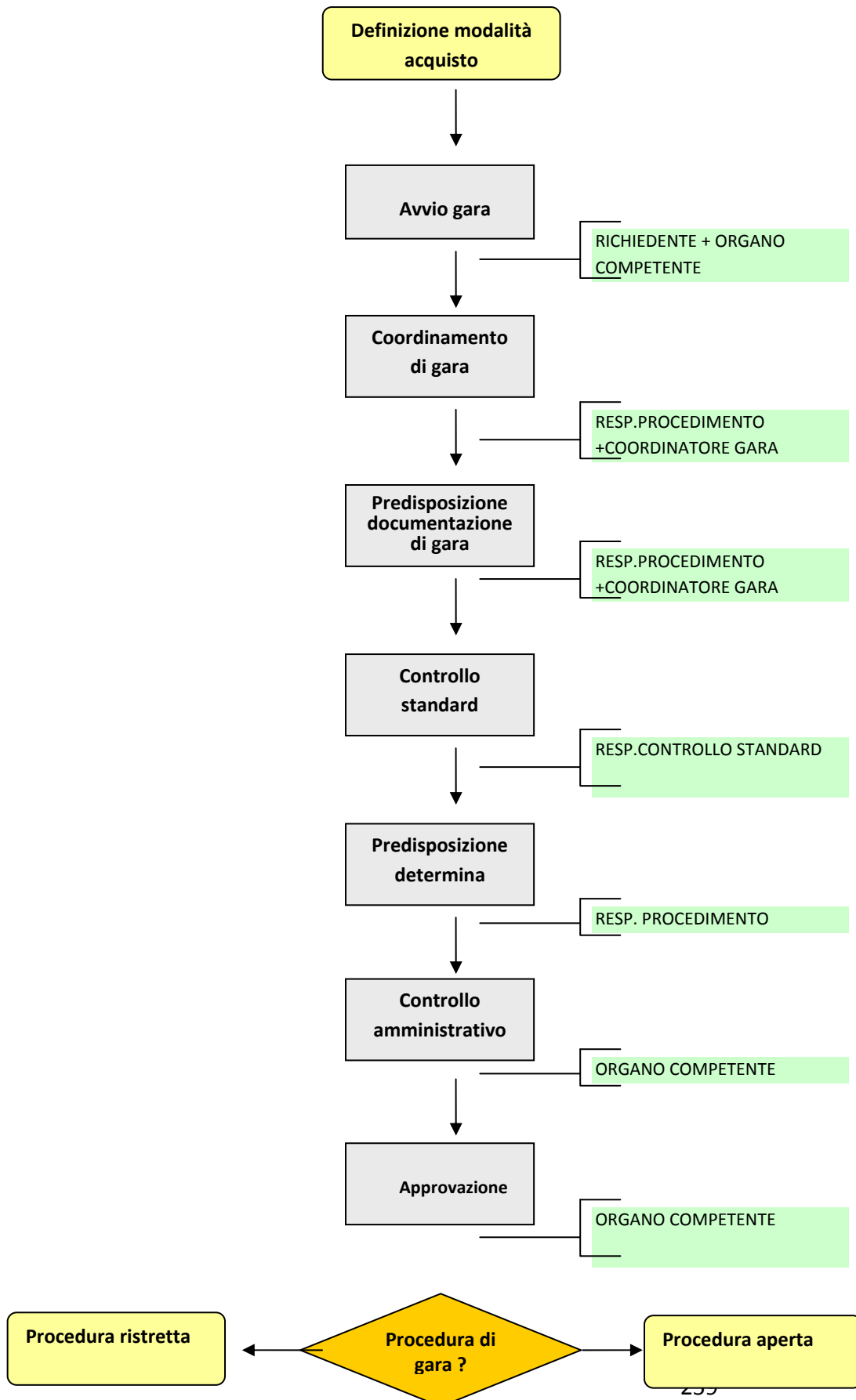
I limiti applicativi della disposizione possono individuarsi nel rispetto della *par condicio*, con la conseguenza che, per disporre la regolarizzazione, è necessario che gli atti tempestivamente depositati dai concorrenti e già in possesso dell'amministrazione contengano elementi che costituiscano indizio e rendano ragionevole ritenere sussistente il requisito di partecipazione.

In altre parole, l'amministrazione ha il dovere di disporre la regolarizzazione quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione.

Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che *“la possibilità di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati o documenti trova applicazione unicamente nelle ipotesi in cui sia stato fornito un principio di prova a sostegno dell'esistenza del requisito, non potendo l'amministrazione aggiudicatrice esercitare una funzione di supplenza rispetto all'inerzia del soggetto interessato nel caso di carenza o totale inidoneità del documento prescritto”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645).

Nell'applicare la disposizione in parola, che svolge il delicato compito di contemperare i principi, talvolta in antitesi come quello del *favor participationis* e quello della *par condicio* fra i concorrenti, il punto di equilibrio deve essere trovato nella distinzione fra il concetto di regolarizzazione (sempre possibile) e quello di integrazione documentale (non ammissibile, costituendo un'attività che si risolverebbe in una lesione della parità di trattamento fra i partecipanti).

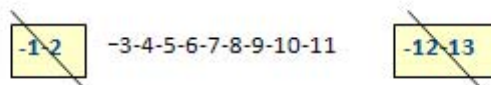
## DIAGRAMMA DI FLUSSO PER LA PREDISPOSIZIONE DI GARE





IPOTESI DI INDIVIDUAZIONE DELLA SOGLIA DI ANOMALIA  
CRITERIO DEL PREZZO PIU' BASSO

Date 13 offerte



1. Scarto delle ali (10% delle offerte di maggior ribasso e minor ribasso arrotondato all'unità superiore)

2. Individuazione della media:

**somma ribassi (63)/9= -7**

3. Si aggiunge la media degli scarti medi aritmetici tra -7 e le offerte più basse senza considerare le offerte scartate

- 8-7=-1
- 9-7=-2
- 10-7=-3
- 11-7=-4

**-10/4= 2,5**  
scarto medio aritmetico

4. Somma della media incrementato dello scarto aritmetico

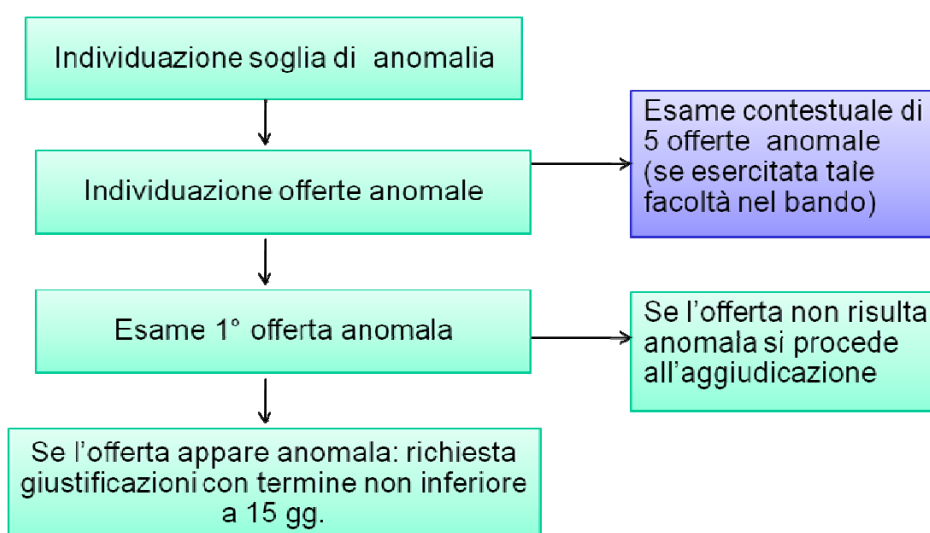
**-7-2,5= - 9,5% soglia di anomalia**

5. anomale: - 10 -11 -12 -13

6. con l'esclusione automatica delle offerte ricadenti sopra la soglia di anomalia vince -9

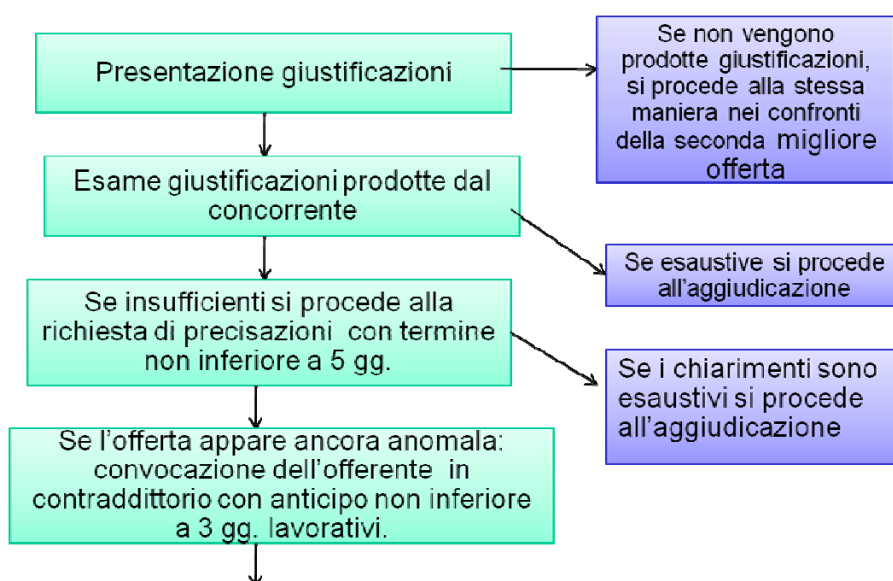
## IL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA

### FASE I

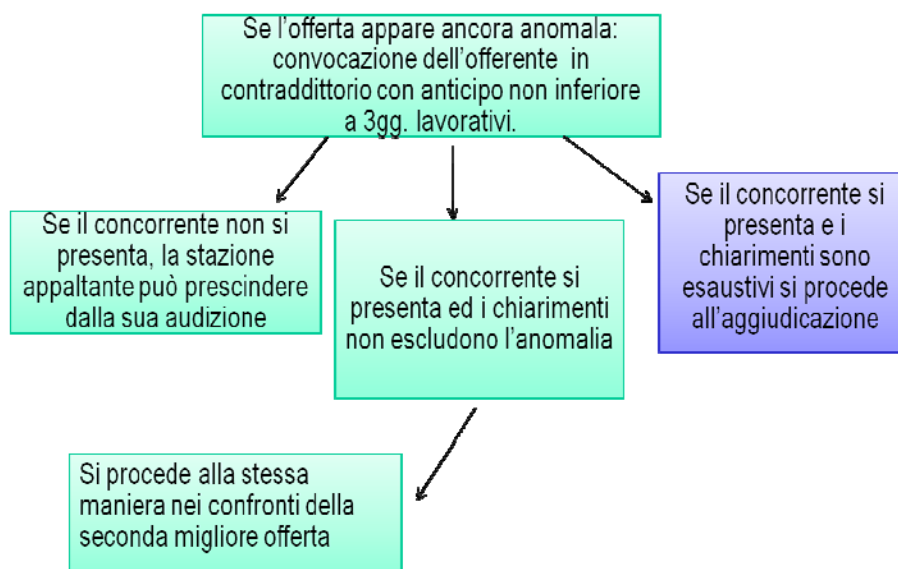


## IL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA

### FASE II



### FASE III



## CASI E MATERIALI

---

### **1. In caso di accesso informale agli atti di gara ai sensi dell'art. 79 comma 5-quater, del Codice, occorre provvedere alla notifica ai controinteressati ai sensi dell'art. 3, d.P.R. n. 184/2006?**

---

La nuova formulazione dell'art. 79, comma 5-quater, del Codice, dispone espressamente che *“fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'art. 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'art. 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio”*.

Dal tenore della norma in parola si evince che il Legislatore ha previsto una sorta di automatismo procedurale in base al quale la stazione appaltante è tenuta a consentire l'accesso agli atti del procedimento, salve le ipotesi di divieto e di differimento di cui all'art. 13 del Codice, senza necessità di apposita istanza e senza essere tenuta a valutare l'ammissibilità o meno della stessa.

Pertanto, con riguardo al quesito in esame, deve ritenersi giocoforza che l'obbligo di comunicazione ai controinteressati sancito all'art. 3 del d.P.R. 184/06 (Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi) non possa, comunque, assolvere alla sua funzione precipua, atteso che, alla luce della nuova disciplina di cui all'art. 79, comma 5-quater cit., non residua in capo all'amministrazione alcuna facoltà di negare l'accesso in virtù di eventuali motivate opposizioni dei controinteressati.

La discrasia tra le due disposizioni, dunque, spinge a ritenere che quand'anche la stazione appaltante provvedesse alle notifica ai controinteressati, ai sensi dell'art. 3, d.P.R. 184/06 cit., il termine di dieci giorni per presentare le relative opposizioni, decorrente dalla data di ricezione della comunicazione del provvedimento da parte della S.A., non potrebbe, in ogni caso, paralizzare la procedura, stante l'obbligo di consentire l'accesso agli atti, mediante visione ed estrazione di copia, entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti stessi.

Alla luce del nuovo comma 5-quater, dell'art. 79, cit., pertanto, in applicazione del principio generale *“lex posterior derogat priori”*,

sembra potersi ritenere che la stazione appaltante non sia tenuta ad ottemperare all'obbligo di comunicazione ai controinteressati sancito dall'art. 3 d.P.R. 184/06.

---

**2. Nell'ambito della verifica di anomalia di un'offerta, la commissione è tenuta a richiedere le giustificazioni relative a tutti i prezzi che concorrono a formare l'elenco prezzi unitari o soltanto in relazione alle voci di prezzo che risultano incongrue?**

---

La giurisprudenza amministrativa ha statuito che “*il giudizio di accettabilità (o, viceversa, di inaccettabilità) dell'offerta anomala può prescindere da una verifica della totalità delle voci, tutte le volte in cui gli elementi disponibili già consentano di concludere in senso favorevole o sfavorevole circa l'affidabilità dell'offerta stessa*” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2003, n. 493).

Pertanto, con riferimento al quesito, non è necessario che la S.A. richieda le giustificazioni in ordine a quelle voci che, da una prima analisi, appaiono congrue, potendo richiedere dette giustificazioni solo in relazione ai prezzi che, *prima facie*, non sembrano attendibili e che, secondo la propria valutazione discrezionale, risultano maggiormente rappresentativi dei lavori oggetto di affidamento.

Resta fermo che, in sede di valutazione dell'offerta, non deve aversi riguardo alla singola voce di prezzo in sé considerata, ma occorre valutarla alla luce dell'analisi complessiva dell'offerta stessa (cfr. TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 11 luglio 2007, n. 1493).

In altri termini, la mancata giustificazione di una singola voce di prezzo non vale da sola a rendere anomala l'offerta, ove essa non comporti un discostamento tale da determinarne l'inaffidabilità nel suo complesso.

Peraltro, si evidenzia che i prezzi unitari offerti non possono essere oggetto di eventuale correzione in sede di verifica di congruità, in quanto risulterebbe, di fatto, vanificata la procedura concorsuale stessa, che è basata sulla perfetta parità tra tutti i partecipanti. Se si ammettesse tale rimodulazione dei prezzi in sede di giustificazioni, i partecipanti alla gara potrebbero essere indotti a presentare offerte a basso costo per poi successivamente effettuare le correzioni necessarie per evitare l'anomalia (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 17 marzo 2008, n. 2392).

Pertanto, poiché il giudizio di verifica della congruità dell'offerta mira ad accertare la serietà o meno dell'offerta stessa considerata nel suo complesso, la S.A., qualora permangano incertezze in ordine all'attendibilità dei prezzi unitari offerti più rappresentativi, per i quali sono state richieste le giustificazioni, prima di procedere all'esclusione del concorrente sarà tenuta a richiedere le giustificazioni relative a tutti i prezzi unitari, di modo che, in costanza di anomalia, potrà legittimamente dichiarare l'esclusione dell'offerta che risulta, dunque, nel suo complesso, anomala.

---

### **3. Nell'ambito della verifica di anomalia di un'offerta, come va valutato il costo del lavoro?**

---

Secondo unanime giurisprudenza, devono considerarsi anomale solo le offerte che si discostano in modo rilevante e significativo dai parametri e dalle tabelle ministeriali.

Infatti, i dati risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono parametri inderogabili, ma si configurano quali indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta (cfr. TAR Lombardia Milano, 11 novembre 2005, n. 3972).

Ed invero, una diversa interpretazione della norma comporterebbe l'imposizione di una misura del costo del lavoro in via autoritativa, che non appare in linea con i principi comunitari in tema di tutela della concorrenza e del principio di libertà sindacale sancito dall'articolo 39 della Costituzione.

Pertanto, l'offerta che si discosti dai valori indicati nelle tabelle ministeriali non viene considerata automaticamente anomala, purché tale scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori così come stabilito in sede di contrattazione collettiva, atteso che le tabelle individuano un costo del lavoro medio e presumibile, dal quale, pertanto, può distinguersi il costo minimo tabellare fissato dal contratto collettivo (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 2 marzo 2006, n. 1598).

A tale riguardo, infatti, si rileva che, come precisato dal giudice amministrativo, in una procedura ad evidenza pubblica *“il raffronto tra i livelli retributivi offerti dai concorrenti e quelli contrattuali deve essere operato con riferimento al costo specifico previsto per ciascuna tipologia di servizio indicato in offerta, risolvendosi il ricorso ad un costo medio orario in un ingiustificato artificio contabile con l'effetto di porre a confronto dati non pertinenti. Se, infatti, il costo medio può, talvolta, costituire un valore indicativo in riferimento alla remuneratività dell'offerta e quindi inerente al diverso aspetto della sua congruità, il rapporto tra costo unitario del lavoro e rispetto dei livelli salariali risponde ad esigenze diverse, rispetto alla cui salvaguardia l'indagine deve essere sempre condotta con il massimo rigore a tutela delle ragioni dei lavoratori; in tal senso, operare un raffronto tra minimi retributivi e costo medio orario significa sfuggire a tale logica”*. (cfr. TAR Campania Nespole, Sez. I, 10 novembre 2005, n. 18837).

In tale prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che *“in relazione alla valutazione di un'offerta, una cosa è il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dei c.c.n.l. di categoria, altra cosa è la determinazione del costo del lavoro in misura inferiore rispetto a quella rilevata periodicamente nelle apposite tabelle dal Ministro del lavoro, rispetto alla quale, essendo espressamente ammessa dalla legge la possibilità di presentare giustificazioni, non può certo ipotizzarsi un'automatica esclusione*

dalla procedura” (cfr. TAR Liguria, Genova, Sez. II, 11 ottobre 2007, n. 1725).

Deve rilevarsi, infatti, che l’art. 86, comma 3 bis, d.lgs. 163/06 dispone espressamente che le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico dell’offerta sia adeguato al costo del lavoro determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed 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.

---

**4. Nel caso di appalto al prezzo più basso, in cui vi sia un numero di offerte ammesse inferiore a cinque, come deve procedere la stazione appaltante per valutare la congruità delle offerte che appaiano anormalmente basse, senza calcolare la soglia di anomalia?**

---

L’art. 86, comma 1 del Codice disciplina le modalità con le quali le stazioni appaltanti individuano la soglia di anomalia al fine di valutare la congruità delle offerte.

In particolare, con riguardo agli appalti aggiudicati secondo il criterio del prezzo più basso, tale disposizione prevede che le amministrazioni 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 10%, 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

Tuttavia, ai sensi dell’art. 86, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non trova applicazione il cd. sistema delle medie di cui al comma 1, e le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3, potendo valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

L’applicazione del criterio di individuazione della soglia di anomalia è, dunque, subordinata alla circostanza che siano pervenute alla stazione appaltante almeno cinque offerte valide; in caso contrario, spetta all’amministrazione, nell’ambito di un giudizio discrezionale, identificare le offerte sospette di anomalia da sottoporre a verifica.

Come osservato dal giudice amministrativo, infatti, “*la disposizione che esclude la verifica di anomalia quando il numero di offerte sia inferiore a cinque ha l’evidente fine di salvaguardare il preminente interesse generale alla più ampia partecipazione alla gara,*

*compatibilmente con l'altro interesse, parimenti pubblico, volto a garantire la serietà dell'offerta nei procedimenti di individuazione dei contraenti con l'amministrazione e ad escludere conseguentemente le offerte di cui sia accertata l'anomalia" (cfr. TAR Lombardia, Brescia, 23 maggio 2005, n. 554).*

Con riguardo agli elementi specifici che la stazione appaltante può considerare al fine di valutare la congruità o meno delle offerte, deve osservarsi che la "credibilità" dell'offerta viene ponderata, di norma, avendo, quali parametri, la qualità e l'economicità della stessa (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 marzo 2009, n. 2166).

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che *"Nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione la congruità dell'offerta economica, oltre che nei suoi singoli elementi, deve essere valutata globalmente, al fine di apprezzarne l'attendibilità complessiva, non essendo fondamentale la tenuità dell'utile che il concorrente si prefigge di conseguire, sempre che ci sia un margine di utile, dal momento che elementi rilevanti sono sia la certezza che l'offerta è da ritenersi seria, nel senso che il concorrente non ha l'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali, sia i vantaggi indiretti che l'appalto può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di prequalificazione per i successivi appalti "* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2009, n. 466).

Al riguardo, deve osservarsi che il Consiglio di Stato, con sentenza del 21 aprile 2009, n. 3143, ha chiarito che, per ragioni di economia e per evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, per "attivare" la procedura di verifica dell'anomalia *"occorre che vi sia un fumus, un sospetto di anomalia sulla base di elementi specifici"*; l'elemento specifico, nel caso di specie, era costituito dal carattere elevato della percentuale di ribasso offerto, pari ad oltre il 46%.

Nell'ambito di un appalto di servizi, il TAR Piemonte, con sentenza del 16 gennaio 2008, n. 41, ha rilevato che tali elementi specifici possono essere rappresentati dal notevole divario esistente tra il costo orario offerto dall'aggiudicataria e quanto indicato nelle tabelle ministeriali e dalla incongruenza della indicazione delle ore offerte dalla aggiudicataria per lo svolgimento del servizio.

Da quanto sopra discende che, in applicazione dell'art. 86, comma 3 del Codice, *"l'amministrazione appaltante può sempre valutare la credibilità dell'offerta, a tutela dell'interesse pubblico all'obiettivo affidabilità delle proposte contrattuali nelle gare pubbliche, tanto in caso di eccesso in ribasso che di eccesso in rialzo"*, avendo quali parametri di riferimento l'economicità e la qualità dell'offerta, anche con riguardo alle condizioni di mercato, al costo del lavoro ed alla metodologia di esecuzione dell'appalto adottata dall'offerente.



---

## **5. I nuovi obblighi di comunicazione previsti dall'art. 79, comma 5 e ss., si applicano anche alle procedure in economia?**

---

L'art. 79, comma 5 e ss. è stato modificato dal d.lgs. n. 53/10, con cui è stato attuato il recepimento della cd. direttiva ricorsi, 2007/66/CE.

Le disposizioni contenute in tale decreto sembrano applicabili a tutti gli affidamenti di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo, di rilevanza comunitaria o meno, e dalle modalità di affidamento.

Ciò appare confermato, in primo luogo, dal contenuto dell'art. 44, comma 3, della legge delega n. 88/09 che, per l'appunto, nel delegare il Governo a recepire la direttiva ricorsi, prevede espressamente che *“ai fini della delega di cui al presente articolo, per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli artt. 32 e 207 del Codice dei contratti pubblici, e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture”*.

Inoltre, la medesima norma, al comma 3, lett. b), dispone che i decreti delegati sono adottati nel rispetto, tra gli altri, dei seguenti principi: *“assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal citato Codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE...”*.

Alla luce dei delineati principi generali, posti a fondamento del recepimento della direttiva ricorsi, è dato sostenere che le previsioni contenute nel d.lgs. n. 53/10 abbiano un ambito di applicazione esteso anche agli appalti sotto soglia comunitaria, nonché alle procedure in economia.

In particolare, con riferimento agli obblighi di comunicazione sanciti dall'art. 79, comma 5, del Codice, essi debbono ritenersi applicabili a tutte le procedure di aggiudicazione a prescindere dalle modalità di affidamento, rispondendo alla *ratio* di garantire la conoscenza piena degli atti di gara in capo agli operatori concorrenti o, comunque, ai soggetti titolari di interesse.

---

## **6. Per adempiere all'obbligo di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, previsto dall'art. 79, comma 5 lett. a), del Codice, è legittimo inviare una e-mail certificata con l'indicazione di un link al sito web della S.A. ove sono pubblicati tutti gli atti e provvedimenti di gara)**

---

La prospettata modalità di invio delle comunicazioni di cui all'art. 79, comma 5, del Codice, potrebbe ritenersi ammissibile, ove venga rispettato l'obbligo di garantire la conoscenza del provvedimento comunicato e della relativa motivazione.

Tuttavia, siffatta modalità potrebbe prestarsi a censure, con riguardo alla certezza dell'effettiva conoscibilità delle comunicazioni in parola e dei relativi provvedimenti (trattandosi, in tal caso, di un collegamento "esterno" alla comunicazione inviata via e-mail), con ogni correlato effetto in ordine ai termini decorrenti dall'invio delle comunicazioni in parola (termine dilatorio; termine per l'accesso; termine per proporre ricorso).

---

**7. Se il concorrente, nella compilazione del modello di partecipazione, non ha barrato l'opzione relativa alla dichiarazione sul rispetto della legge n. 68/1999, occorre escluderlo, considerato che la S.A. ha in possesso tale dichiarazione resa dalla ditta per una precedente gara di cui è risultata aggiudicataria?**

---

L'oggetto della dichiarazione in esame è già noto alla stazione appaltante, in quanto la ditta concorrente è risultata già affidataria di un precedente contratto.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa è del tutto pacifica: *"gli artt. 18, comma 3, legge n. 241/1990 e 43 d.P.R. n. 445/2000 non solo consentono, ma, a ben vedere, impongono alle Amministrazioni procedenti di acquisire d'ufficio i documenti, necessari all'istruttoria, già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa e in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento"* (cfr. TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 13 novembre 2008, n. 88).

Ed ancora: *"il patrimonio conoscitivo dell'amministrazione, anche altrove formato, non soffre restrizioni o preclusioni nell'utilizzazione per effetto dell'autonomia dei procedimenti amministrativi: la sua utilizzazione anche in procedimenti diversi è resa anzi doverosa dal principio di buona amministrazione. Del fatto che questo patrimonio comunque formato, resti dominante sulle allegazioni private, è indice prima ancora del dovere di controllo la regola espressa nell'art. 18, comma 2 legge n. 241/1990 secondo cui l'amministrazione che già è in possesso di documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi gli acquisisce d'ufficio nel procedimento che sta trattando senza che ciò debba esserle domandato dall'interessato"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1608).

*"Ai sensi dell'art. 18, comma 2, legge n. 241/1990 e 43 d.p.r. n. 445/2000 le amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d'ufficio i documenti necessari all'istruttoria già in loro possesso in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio del divieto di aggravamento del procedimento"* (cfr. Cons. St, Sez. IV, 16 luglio 2007, 4011).

Sotto altro profilo, poi, nella fattispecie indagata può trovare applicazione anche l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 s.m.i., ai sensi del quale *"nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a*

*fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati”.*

A tal proposito corre l’obbligo di rilevare che, mentre la corrispondente norma comunitaria (art. 43, dir. 2004/18) attribuisce una mera facoltà alle amministrazioni giudicatrici, la norma nazionale impone un potere-dovere alle stazioni appaltanti di richiedere integrazioni, in relazione alle dichiarazioni previste dagli articoli da 38 a 45 del d.lgs. n. 163/2006, tutte le volte in cui non siano del tutto complete.

In altri termini, in caso di dichiarazioni incomplete o, comunque, quando sussista la parvenza del possesso del requisito da parte del concorrente, la stazione appaltante è tenuta a richiedere integrazioni, *“fermo restando che detta integrazione può riferirsi esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione (per cui non sarebbe possibile rettificare, precisare, o comunque modificare gli elementi costitutivi dell’offerta)”* (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840).

Nella fattispecie, peraltro, sembra trattarsi all’evidenza proprio di una mera mancanza formale sanabile, pertanto, è opportuno richiedere alla concorrente un chiarimento ai sensi dell’art. 46 cit. circa la dichiarazione fornita, considerato anche che, sulla spinta della giurisprudenza e della legislazione comunitaria, nella fase di ammissione alle gare è stato ormai codificato uno strumento inteso a far valere la sostanza sulla forma (o sul formalismo) nell’esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l’esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 14 novembre 2003, n. 7275).

---

#### **8. Se un concorrente ha presentato la propria offerta tecnica, redatta su una pluralità di pagine in formato fronte retro, siglata soltanto sul fronte di ciascuna pagina, va escluso?**

---

La funzione della sottoscrizione della documentazione è quella di renderla riferibile al presentatore dell’offerta, e quindi vincolante per quest’ultimo, nonché di evitare che i documenti d’offerta possano essere stati redatti per gare diverse o, comunque, sostituiti dal concorrente.

Pertanto, in un’ottica improntata ad un principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa, la mancata sottoscrizione di ciascuna delle pagine componenti l’offerta potrebbe non incrinare realmente la certezza della provenienza della documentazione, e dunque non ledere l’interesse dell’Amministrazione.

Come, infatti, statuito dal Consiglio di Stato, *“del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d’appalto va tuttavia scongiurata un’applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell’attività amministrativa,*

*finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela alle quali sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica” (cfr. Sez. V, 22 giugno 2002, n. 4347).*

In altre parole, se è vero che la stazione appaltante è tenuta a dare compiuta applicazione alle prescrizioni della *lex specialis*, è pur vero che gli oneri formali imposti nel bando debbono essere applicati sempre nel rispetto di un principio di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità dell’attività amministrativa.

A tale riguardo, è stato ritenuto che la mancanza di una firma su alcune pagine dell’elaborato tecnico non debba sanzionarsi con l’esclusione, se la pagina sia ininfluyente per la valutazione dell’elaborato e la mancanza della firma non consenta la sostituzione della pagina (cfr. TAR Trentino Alto Adige Trento, 25 febbraio 2008, n. 60).

Su una fattispecie analoga a quella in esame, si è pronunciato il TAR Lazio che ha statuito che *“la mancata sottoscrizione di alcune pagine di una voluminosa offerta tecnica da parte del legale rappresentante di una società concorrente in una gara d’appalto non incrina la certezza della provenienza della documentazione e non lede gli interessi dell’amministrazione, cosicché appare legittima la mancata esclusione del concorrente non già facendo ricorso ad un’interpretazione funzionale del bando, quanto piuttosto invocando il generale principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa”* (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 19 gennaio 2005, n. 390).

Ebbene, nella fattispecie in esame, la siglatura del fronte di ciascun foglio dell’offerta tecnica potrebbe ritenersi sufficiente ai fini della prescrizione della *lex specialis*, considerata la chiara riconducibilità dell’offerta al sottoscrittore, nonché la circostanza che il retro di ciascun foglio non poteva certo essere sostituito – dato che il fronte era regolarmente vidimato – confermando così la certezza della provenienza dell’offerta medesima.