

Determinazione n. 9/2002 del 16/5/2002

G.u. Serie Generale n.128 del 3.6.2002

Oggetto: Trattative private: offerte anomale"R 46/02

Premesso che:

sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti riguardanti l'applicabilità della procedura di esclusione automatica di cui all'articolo 21, comma 1/bis della legge 109/1994 e s.m. alle gare informali che precedono l'affidamento a trattativa privata.

Considerato

L'articolo 21, comma 1/bis della legge 109/1994 e s.m. - ultimo periodo - dispone: "Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede alla esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque."

Pur essendo inserita in un articolo esclusivamente dedicato all'asta pubblica ed alla licitazione privata, detta disposizione ha fatto nascere perplessità circa la sua applicazione anche nel caso di trattativa privata, questione che ha carattere generale.

Preliminarmente va osservato che la ratio della disciplina delle offerte anomale è quella di tendere al contemperamento di due interessi: l'opportunità di assicurare all'amministrazione l'aggiudicazione al prezzo più basso e l'esigenza di impedire che offerte troppo esigue, apparentemente idonee a realizzare il maggior risparmio di spesa, risultino in realtà poco convenienti, determinando irregolarità nell'esecuzione e contenzioso spesso ampio e costoso.

Il meccanismo di esclusione delle offerte ritenute incongrue costituisce pertanto principio di carattere generale, volto a garantire la serietà del procedimento e posto a garanzia dell'amministrazione in applicazione del più generale principio secondo cui le parti, nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo la buona fede.

Il diniego di assegnazione per eccessivo ribasso, infatti, tende al perseguimento dell'interesse pubblico per la corretta esecuzione delle opere, dovendosi evitare che le imprese, indotte ad elevare in misura abnorme i ribassi per assicurarsi i lavori, tendano poi a riequilibrare il sinallagma contrattuale frapponendo difficoltà in fase esecutiva, con inevitabili ricadute in termini di corretta realizzazione delle opere e di rispetto dei tempi contrattuali; il meccanismo di esclusione delle offerte anomale risulta pertanto coerente con lo svolgimento di procedure di gara, ove l'osservanza dei principi fondamentali che ad esso sovrintendono (della concorrenza fra gli imprenditori, della parità di trattamento dei concorrenti nonché della continuità della gara), tende ad assicurare il prezzo più congruo garantendo nel contempo la procedura da interventi estranei o favoritismi.

La trattativa privata può essere impiegata soltanto in casi particolari e, ai sensi dell'articolo 24, comma 5, della Legge 109/1994 sopra citata, deve essere preceduta da gara informale o ufficiosa; questa disposizione ha l'intento di procedimentalizzare anche la trattativa privata.

Pur se la giurisprudenza amministrativa è da tempo orientata ad applicare alle cosiddette gare informali tutti i principi (par condicio, segretezza delle offerte...) elaborati con riferimento alle gare ad evidenza pubblica, ed anche se la giurisprudenza penale ritiene configurabile anche nelle gare informali il reato di turbativa d'asta, tuttavia va evidenziato che il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale è da mettere in relazione con l'aggiudicazione da effettuarsi sulla base delle offerte dei concorrenti senza alcun intervento di valutazione, fatto salvo per gli appalti sopra soglia comunitaria, mentre, nel caso di trattativa privata, diritti ed obblighi per l'amministrazione e per il privato scaturiscono solo con la formale stipulazione del contratto. Alla conclusione delle gare non è, infatti, attribuito l'effetto di aggiudicazione, e quindi il valore di conclusione del contratto, bensì solo quello di individuazione del miglior offerente, con il quale la pubblica amministrazione andrà poi a definire il contratto, con un'ampia discrezionalità di valutazione circa il corrispettivo.

Occorre peraltro considerare che l'articolo 78 del DPR 554/1999, al comma 3, prevede che "la stazione appaltante negozia il contratto con l'impresa che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata, sulla base della documentazione esibita dall'impresa prescelta." Detta norma va interpretata nel senso che le condizioni più vantaggiose sono valutate discrezionalmente dalla stazione appaltante e comunque senza applicare le procedure delle offerte anomale e che solo l'impresa prescelta, e non anche tutte quelle

partecipanti, deve documentare i propri requisiti di qualificazione, rispondendo tale dettato normativo ad esigenze di snellezza e celerità della procedura.

Dalle considerazioni svolte segue che nei casi di gara informale che precede gli appalti a trattativa privata non sussistono le condizioni per l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale.