

DIVIETO DI ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE NEGLI APPALTI SOTTOSOGLIA CHE ABBIANO CARATTERE TRANSFRONTALIERO.

Nota a sentenza del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 3, 2008]



CORTE GIUSTIZIA, 15 maggio 2008, causa C-147/06 e C-148/06, Sez. Quarta, pres. G. Arestis, avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer, parti SECAP e altri

La sentenza della Corte, nel precisare l'effettiva portata applicativa dei principi della libera concorrenza, della trasparenza amministrativa e del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, stabilisce che essi vietano l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nei contratti sottosoglia che abbiano carattere transfrontaliero.

Fino ad oggi il divieto di esclusione automatica delle offerte anomale si applicava unicamente agli appalti sopra soglia comunitaria. Ora, per effetto di questa sentenza la regola transita anche nel sottosoglia e, di conseguenza, dovranno essere disapplicate le disposizioni nazionali e locali che obbligano le stazioni appaltanti a respingere tali offerte senza che sia posta in essere una preventiva verifica in contraddittorio.

La sentenza, innestandosi su un filone tematico già oggetto di numerosi *arrêts* della Corte (¹), introduce molteplici spunti di interesse non solo perché segna un'ulteriore caratterizzazione in senso comunitario della disciplina degli appalti pubblici, ma anche perché impone con urgenza una serie di riflessioni 'operative' sulla compatibilità della normativa nazionale (il *Codice degli appalti* prevede che l'obbligo della verifica delle offerte anormalmente basse sussista solo nel caso in cui le offerte ammesse siano più di cinque, vd. art. 86 u.c.) e della normativa provinciale (la legge provinciale di recente approvata, vd. *infra*, prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale sottosoglia); lo stesso problema inoltre potrebbe sussistere in altri ordinamenti regionali.

V'è poi un'ulteriore considerazione che riguarda l'individuazione dei criteri in base ai quali definire il carattere transfrontaliero di un appalto. I giudici comunitari hanno stabilito che, in linea di principio, spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare l'eventuale interesse transfrontaliero dell'appalto sottosoglia, fermo restando che tale valutazione potrà sempre essere oggetto di controllo giurisdizionale (con buon pace dei responsabili di procedimento chiamati a un ulteriore sforzo interpretativo

¹ Vd. la sentenza della Corte di Giustizia del 13 novembre 2007, C-507/03, Commissione / Irlanda; la sentenza del 21 febbraio 2008, C-412/2008, Commissione / Italia; la sentenza del 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo.

nella predisposizione dei bandi di gara e degli avvocati che potranno sfoggiare ulteriore 'creatività'). In ogni caso, precisa la Corte, resta aperta la possibilità per il legislatore, locale o nazionale, *“di stabilire ... criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo”* facendo riferimento, ad esempio, al luogo di esecuzione dei lavori etc.

Entrambe le soluzioni paiono problematiche.

Nel primo caso infatti si corre il rischio di concedere un margine di discrezionalità eccessivo alle stazioni appaltanti che, a seconda delle circostanze, potranno essere tentate di qualificare questa o quella gara come avente o no carattere transfrontaliero. Ciò rileva in modo significativo perché, come detto, in mancanza della connotazione 'transfrontaliera' si giustifica l'esclusione automatica delle offerte anomale. La Corte, per altro, sostiene che *“anche in presenza di un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica di talune offerte a causa del loro carattere anormalmente basso potrebbe rivelarsi accettabile qualora il ricorso a tale regola sia giustificato dal numero eccessivamente elevato delle offerte, che potrebbe obbligare l'amministrazione a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la capacità amministrativa della detta amministrazione ovvero da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che ne deriverebbe”*.

Nel secondo caso, ancor meno auspicabile del primo, questa discrezionalità viene trasferita nelle mani dei legislatori (nazionali, regionali, provinciali) e si rischia che l'individuazione del carattere transfrontaliero degli appalti sottosoglia (che costituiscono una fetta rilevante del mercato) sia attuata secondo logiche e ragionamenti differenti in tutti gli Stati membri (ed al loro interno). Insomma per questa via si verrebbe alla negazione degli obiettivi di armonizzazione che fin dagli anni '70 caratterizzano l'azione comunitaria nel campo degli appalti pubblici.

Per altro la possibile soluzione rappresentata da un intervento normativo comunitario si scontra, nel sottosoglia, con la 'sovranità' degli Stati membri e dunque il problema (per il momento) rimane aperto.