

# L'offerta anomala

Avv. Natalia Princi  
Studio Gracili Associato

# Cos' è l'offerta anomala - breve sintesi

- l'offerta anomala è quella che suscita il **sospetto** della sua scarsa serietà in ragione degli eccessivi ribassi e di una conseguente **possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale**, per il fatto di non assicurare un adeguato profitto all'operatore economico

Per **gestire il fenomeno** introdotte **regole particolari** per:

- stabilire i **metodi per individuare le offerte sospette** di essere anomale (cd **soglie di anomalia**) differenziati a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto (OEV o prezzo più basso)
- disciplinare le **«procedure per la verifica della anomalia»** delle offerte sospette da operarsi **in contraddittorio con l'O.E.** chiedendo allo stesso **spiegazioni** sulle voci di prezzo e sugli altri elementi che concorrono a formare l'offerta **e valutando** le spiegazioni prodotte
- disporre **l'esclusione automatica** ricorrendo a metodi matematici (per le sole gare **sottosoglia da aggiudicarsi al prezzo più basso** in presenza di un numero minimo di offerte) - per esigenze di «economicità» dell'azione amministrativa

## **La normativa previgente è particolarmente complessa ed stata più volte riscritta:**

In particolare:

- Sono stati più volte modificati e resi più complessi i metodi per l'individuazione delle soglie di anomalia nelle gare da aggiudicarsi al prezzo più basso (metodi di tipo matematico che si basano sulla media dei ribassi incrementata dallo scarto medio previo taglio delle ali): per evitare la predeterminabilità delle soglie di anomalia tre riscritture in tre anni (nel codice del 2016, nel Correttivo del 2017 e nel decreto sblocca cantieri del 2019);
- è rimasto inalterato il metodo da utilizzarsi nelle gare da aggiudicarsi con l'OEV (ritenuta sospetta di anomalia l'offerta che consegue i 4/5 dei punti massimi relativi al prezzo e i 4/5 della somma degli altri punteggi): metodo rimasto invariato dal codice De Lise
- Sono state modificate anche le regole per il subprocedimento di verifica dell'anomalia che è stato semplificato dal Dlgs 50 del 2016 rispetto a quanto previsto nel codice de Lise (da procedura articolata in tre fasi nel codice de Lise a procedura monofasica nel dlgs 50 del 2016).
- è stato più volte variato il numero delle offerte ammesse in presenza del quale si poteva procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale (5 offerte nella merloni bis, 10 nel d.l.g.s 50 del 2016, 5 nel decreto semplificazioni 76 del 2020 )

# L'anomalia nel codice 36 del 2023

- E' disciplinata dagli artt. 54 e 110 nonché dall'allegato II.2 che INSIEME sostituiscono l'art. 97 del d.lg. 50/2016 come modificato dallo «sblocca cantieri»
- Nel codice vi sono altre norme sparse di interesse (soggetti competenti, accesso ai giustificativi, termini per la procedura, gli elementi che possono essere oggetto di valutazione ecc.)

# Art. 54 «esclusione automatica offerte anomale»

- disciplina l'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sottosoglia da aggiudicarsi con il prezzo più basso
- sostituisce il comma 8 dell'art. 97 del d.gl. 50 del 2016
- discende direttamente dalla legge delega (cfr comma 2 lett. t) della legge 21 giugno 2022 n. 78)

## art. 54 – co.1 - i casi di esclusione automatica

- Nel caso di aggiudicazione, con il **criterio del prezzo più basso**, di contratti di **appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea** che non presentano un **interesse transfrontaliero certo**, le stazioni appaltanti, in **deroga** a quanto previsto dall'articolo **110**, prevedono **negli atti di gara** l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il **numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque**. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b).

# Confronto art. 54 con disciplina previgente

## Elementi identici

- **uguale campo di applicazione** (contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europee da aggiudicarsi al prezzo più basso)
- La possibilità di esclusione automatica deve essere prevista **negli atti di gara** (a differenza che nel «decreto semplificazioni» in cui tale possibilità derivava direttamente della legge)

## Novità

- **dimezzato il numero delle offerte** (5 anziché 10) stabilizzato così il numero previsto dal «decreto semplificazioni»
- **no esclusione automatica negli affidamenti diretti** (per evitare che la procedura venga indirizzata verso un operatore economico)
- **no esclusione automatica per gli appalti di forniture** (valutazione meno complessa)
- è stato **reintrodotto il limite dell'interesse transfrontaliero certo** (che non era indicato nella versione originaria del codice 50 del 2016, era stato inserito dallo sblocca cantieri ed era stato eliminato dal decreto semplificazioni)

# Sull'interesse transfrontaliero

la «Relazione» al codice chiarisce che:

- è stato introdotto **per evitare una nuova procedura di infrazione da parte della commissione europea** per contrasto con l'art. 69 della direttiva europea 2014 (cfr. lettera 2018/2023 della commissione)
- la **previsione di un detto limite consente di ritenere la normativa italiana «compatibile» con quella europea** in applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di Giustizia (sentenza CJEU n. C- 147/06, SECAP vs Santorso)

Quando si ha interesse transfrontaliero ?

- non è indicato nel codice
- alcune pronunce (Cons stato 361/2018) indicano che si ha quando un **contratto è suscettibile di attrarre gli operatori economici di altri stati membri**. E ciò per **l'elevato importo** e per **l'ubicazione dei lavori**



# Art. 54 co. 2 e 3 – le soglie: rinvio ad all.11.2.

- *2. Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato 11.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato 11.2*
- *3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato 11.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*
- **Novità:** Le soglie sono espresse dall'allegato 11.2 e non più inserite nel corpo del codice. (la nuova sede che rende più agevole apportare modifiche ai metodi ossia con semplice regolamento MIMS previo parere di Anac)

## All.II.2 Metodo di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte

- L'allegato offre la possibilità di scelta tra **tre metodi** che devono essere indicati **nella procedura indittiva** o scelti **tramite sorteggio in sede di gara in gara fra i metodi compatibili**.

### (Metodo A)

- Uguale a quello indicato nei commi 2 2 bis e 2 ter dell'art. 97 come modificato dal sblocca cantieri
- Mantenuto per evitare lo *shock* normativo
- Ritenuto valido perché introduce una componente randomica (casuale) che evita di predeterminare la soglia

# All.II.2. Metodi B e C

## Metodo B

- L'operazione di calcolo per raggiungere la soglia è simile a quella prevista nel metodo A) ma non si esclude l'offerta che sia pari alla soglia
- La gara si aggiudica non al prezzo offerto dalla vincitrice **ma al secondo prezzo più basso**

## Metodo C

- Si basa sullo “**sconto di riferimento**” ossia su uno sconto ritenuto accettabile dall'amministrazione quale praticato in gare associate a condizioni non patologiche
- Lo sconto di riferimento è posto a base di gara come indicazione per gli operatori economici
- La soglia viene determinata dopo la presentazione delle offerte applicando allo sconto di riferimento una componente randomica casuale determinata in base ad un algoritmo.

# LA STABILITÀ DELLA SOGLIA

## art. 108 del codice comma 12

*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, **successivamente al provvedimento di aggiudicazione**, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, **non è rilevante** ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.*

# VERIFICA FACOLTATIVA

54 co. 1 ultimo periodo (appalti sotto soglia)

“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.”

Confermata la possibilità di verifica facoltativa (discrezionale)

- **Problematica** : solo per il sottosoglia ?

# ART. 110 – «offerte anormalmente basse»

- regola la **PROCEDURA ORDINARIA PER LA VERIFICA DI CONGRUITÀ IN CONTRADDITTORIO** con l'O.E. (identifica le modalità, le spiegazioni ammesse e non ammesse, i casi in cui le amministrazioni devono, al termine del procedimento di verifica, escludere le offerte)
- trova applicazione a **tutte le procedure di appalto** (sia soprasoglia che sottosoglia salvo deroghe ex art. 54)
- sostituisce i commi da 4 a 7 dell'art. 97 del d.lgs.50 del 2016 riproducendone i contenuti salvo le **NOVITA' INTRODOTTE CON IL PRIMO COMMA DELL'ART. 110**

## art. 110 co 1 – individuazione offerte sospette

*Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9 (costi mano d'opera e oneri aziendali sicurezza), appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.*

# Novità rilevante – omessa indicazione ex ante delle soglie di anomalia

Non viene individuata una soglia ex ante ma viene rimesso al BANDO o ALL'AVVISO il compito di indicare gli ELEMENTI SPECIFICI (TRA CUI IL COSTO DELLA MANO D'OPERA E GLI ONERI AZIENDALI DELLA SICUREZZA INDICATI DALL'OPERATORE ECONOMICO nell'offerta) IN PRESENZA DEI QUALI L'OFFERTA APPARE ANORMALMENTE BASSA

nella «Relazione» al codice si GIUSTIFICA QUESTA OMISSIONE:

- Per indurre una **maggiore responsabilizzazione** nella stazione appaltante (in applicazione principi fiducia, risultato, affidamento)
- PER La **maggiore qualificazione** delle stazioni appaltanti CHE DOVREBBE garantire la loro preparazione nella predisposizione degli atti di gara
- PER LA **piena coerenza con il divieto di *gold plating*** poiché la **norma replica esattamente nell'art. 69 della direttiva del 2014**
- Possibili **difficoltà nella individuazione di questi elementi** per l'assenza di indicazioni SUFFICIENTI NELLA RELAZIONE AL CODICE E NEL TESTO DEL COMMA 1
- il comma primo chiede di considerare, ai fini dell'individuazione delle offerte sospette di anomalia, «IL COSTO DELLA MANO D'OPERA E GLI ONERI AZIENDALI DELLA SICUREZZA» esposti dalla operatore economico nell'offerta ma **CRITICITA'** in relazione ai «costi della mano d'opera» perchè l'art. 41 comma 15 ha introdotto **LO SCORPORO DEI COSTI DELLA MANO D'OPERA DALL'IMPORTO ASSOGGETTATO AL RIBASSO.**



# ART. 110 CO 2 – avvio procedura verifica

*In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine **non superiore** a quindici giorni.*

- Riprodotto art. 97 comma 5 d.lgs. 2016 salvo il diverso termine massimo assegnato per i giustificativi (nel d.lgs. 50/2016 «**non inferiore**» a 15 giorni)
- **Problematiche** : Il termine per la presentazione dei giustificativi sarà ancora ordinario ? Sarà ancora legittima la richiesta di ulteriori giustificativi ? (Problematica alla luce dell'art. 17.3 e dell'allegato 1.3 del codice sui **termini invalicabili delle procedure di gara e del procedimento di verifica** di anomalia e sanzionano il superamento dei termini con la formazione del «silenzio inadempimento» e la responsabilità per «violazione del dovere di buona fede»)

# Art. 110 co 3 - Le spiegazioni ammesse

*Le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi:*

*a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;*

*b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;*

*c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.*

- Riprodotto art. 97 comma 4 d.lgs. 50 del 2016 E' stato eliminato «in particolare» che precedeva l'analogo elenco di spiegazioni contenuto nel codice del 50 del 2016

# Gli «oggetti» delle spiegazioni

- Secondo la giurisprudenza:
  - ✓ le spiegazioni devono riguardare tutti i costi offerti
  - ✓ le spiegazioni non possono modificare l'offerta
  - ✓ possono invece essere modificati i giustificativi
- Il nuovo codice estende l'ambito delle spiegazioni e della verifica a :
  - ✓ **l'equivalenza delle tutele del diverso contratto collettivo eventualmente indicato nell'offerta dall'O.E.** (operazione assai complessa e finora mai effettuata) (art. 11 nuovo codice contratti)
  - ✓ **gli impegni** che deve assumere l'O. E. nell' offerta per garantire le **pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità e svantaggiate** (art. 57 e 102 nuovo codice contratti).

# art. 110 co 4 - le giustificazioni non ammesse

*Non sono ammesse giustificazioni:*

- *a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge;*
- *b) in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.*

riscritta con piccoli aggiustamenti una norma già presente nel vecchio codice co. 6 art. 97 (e nel De Lise). Secondo la giurisprudenza:

- **I trattamenti salariali minimi sono cosa diversa dalle tabelle ministeriali** che espongono costi medi e costituiscono un mero parametro di valutazione della congruità dell'offerta. Perciò l'eventuale scostamento delle stesse non legittima un giudizio di anomalia occorrendo che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica
- **Gli oneri della sicurezza sono quelli aziendali** (per i DPI -dispositivi di protezione individuale, formazione, medico ecc.) **sono previsti dalla legge e devono essere congrui** rispetto all'entità e caratteristiche dei lavori dei servizi e delle forniture

# Art. 110 co 5 e 6 - esito procedura verifica

*La stazione appaltante **esclude** l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:*

*a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;*

*b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;*

*c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;*

*d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13.*

*6. Qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, la stazione appaltante può escluderla unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In caso di esclusione la stazione appaltante informa la Commissione europea.*

# Principi giurisprudenziali sul giudizio di anomalia

I commi 5 e 6 confermano le precedenti disposizioni (art. 97 co 5 e 7 d.lg.50/2016) per cui possono richiamarsi i principi giurisprudenziali secondo cui:

- il giudizio di anomalia è un giudizio di sintesi e globale e non è una caccia all'errore
- ammessi gli scostamenti sulle singole voci rilevante sconto su una voce non significativa non può incidere da solo sulla serietà ed attendibilità dell'offerta
- ammesse compensazioni tra sovrastime e sottostime di singole voci di costo
- un utile modesto è ammesso (purché non a prezzo zero) perché l'impresa può avere interesse alla prosecuzione dell'attività lavorativa, a migliorare il curriculum, alla qualificazione ed alla pubblicità
- l'insufficienza delle giustificazioni non equivalente ad insufficienza della documentazione (nel dubbio chiedere ulteriori giustificativi)
- Le valutazioni compiute dall'amministrazione sono insindacabili da parte del giudice amministrativo se non per errore manifesto o manifesta illogicità