



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 21 maggio 2021
Dipartimento della Funzione Pubblica

WEBINAR

Il codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (D.lgs. n. 50/2016)

L'offerta anomala

Relatore: **Avv. Salvatore Capezzuto**



Unione Europea
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana
Assessorato dell'Istruzione e
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

OFFERTE ANOMALE NELLA LEGISLAZIONE REGIONALE

- L'art. 4 della L.R. Siciliana 19/07/2019 n. 13 contiene una **disciplina sulla verifica delle offerte anomale**, in caso di aggiudicazione al prezzo più basso, **diversa rispetto a quella prevista dall'art. 97 del D.Lgs. 50/2016**.
- Le previsioni regionali disegnano una "soglia di anomalia" attraverso un peculiare meccanismo, per cui la gara deve essere aggiudicata all'offerta che eguaglia la soglia - calcolata secondo le regole introdotte dall'art. 4 cit. - o che più vi si avvicina per difetto.
- Secondo quanto si legge nei lavori preparatori (seduta dell'Assemblea regionale siciliana dell'11 giugno 2019), le previsioni censurate perseguirebbero l'analogo scopo delle previsioni statali e sarebbero volte a evitare il verificarsi di ribassi eccessivi.

OFFERTE ANOMALE NELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE

- Le disposizioni regionali, quindi, delineano un meccanismo di individuazione della soglia, nonché di calcolo ed esclusione delle offerte anomale, diverso da quello previsto nel codice dei contratti pubblici.
- Quest'ultimo dispone infatti, all'art. 97, commi 2 e 2-bis, che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, al fine di valutare la congruità delle offerte, la soglia di anomalia sia determinata con **modalità di calcolo che variano a seconda che il numero delle offerte ammesse sia superiore (o pari) o inferiore a quindici**; e prevede, altresì, che in presenza di offerte contenenti un ribasso pari o superiore alla citata soglia le stazioni appaltanti ne chiedano e ottengano giustificazione da parte degli operatori economici.
- Qualora tale giustificazione non sia sufficiente a spiegare "il basso livello di prezzi o di costi proposti", l'offerta anomala deve essere esclusa.

SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 16/2021

- La Corte costituzionale, con sentenza 26 gennaio - 11 febbraio 2021, n. 16 (pubblicata nella Gazz. Uff. 17 febbraio 2021, n. 7, prima serie speciale), ha dichiarato **l'illegittimità costituzionale della norma regionale** (art. 4 L.R. 13/2019).
- Secondo il costante orientamento della Corte, *"le disposizioni del codice dei contratti pubblici ... regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, e ... **le Regioni, anche ad autonomia speciale, non possono dettare una disciplina da esse difforme**"* (di recente, sentenze n. 98 e n. 39 del 2020).
- Questo orientamento vale **«anche per le disposizioni relative ai contratti sotto soglia»**.



CIRCOLARE N. 26515 DEL 16.02.2021 DRT

La Circolare n. 26515 del 16/02/2021 «MODALITÀ ATTUATIVE PER REGOLARE LE REFLUENZE DELLA SENTENZA 16/2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLE ATTIVITÀ DI GARA ESPLETATE DAGLI UREGA» chiarisce, con indicazione delle varie modalità applicative, che a seguito della Sent. Corte Cost. 11/02/2021, n. 16 - che ha dichiarato illegittime le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 4 della L.R. Sicilia 13/2019 - **le stazioni appaltanti sono tenute ad applicare le norme previste dagli artt. 95 e 97 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50**, come modificato, in particolare, dall'art. 1 della L. 55/2019 (conversione in L. del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 c.d. «sblocca cantieri).

ESCLUSIONE AUTOMATICA OFFERTE ANOMALE

- L'art. 97, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, modificato dall' art. 1, comma 20, lett. u), n. 4), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, stabilisce che per lavori, servizi e forniture, quando il **criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie comunitarie**, e che non presentano carattere transfrontaliero, **la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.**
- Un appalto di lavori può, ad esempio, presentare interesse transfrontaliero in ragione: del suo valore stimato o in relazione ai lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.
- Comunque **l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.**
- In deroga a tale disposizione, l'art. 1, comma 3, del D.L. 76/2020, conv. in L. 120/2020, ha stabilito che, fino al 31/12/2021, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono **all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.**



CRITICITA' NELL'APPLICAZIONE DEL D.L. SEMPLIFICAZIONI

- Il punto controverso che scaturisce dalla normativa di emergenza (art. 1, comma 3, del D.L. 76/2020) riguarda l'applicazione o meno, alle procedure di questo tipo, della regola generale, contenuta all'art. 97 comma 8 del Codice Appalti e non espressamente derogata dal decreto semplificazioni, dove si dispone che **sia la Stazione appaltante a prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale.**
- La diversa interpretazione condurrebbe, invece, a ritenere che la previsione di cui al D.L. Semplificazioni **si applichi tout court per effetto della disposizione di legge** : « ... *le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia ...*», **anche quando manchi la previsione nel bando di gara.**



ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR PIEMONTE

Secondo il **TAR Piemonte, Torino, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736**, l'articolo 1, comma 3, del decreto semplificazioni sancisce **l'obbligo** per la stazione appaltante di disporre l'automatica esclusione di un'offerta risultata anomala allorché il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso e partecipino alla procedura competitiva almeno cinque concorrenti, **anche se la documentazione di gara non lo preveda espressamente**.

La sentenza del TAR Piemonte trae motivazione dal comma 1 del medesimo art. 1 del d.l. n. 76/2020, il quale stabilisce che i successivi commi 2 e 3 trovano applicazione, **al fine di incentivare gli investimenti pubblici ed in deroga al vigente codice dei contratti**, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021.



ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR PIEMONTE

- Ritiene il TAR Piemonte che : *«Il legislatore, assumendo che l'efficacia della spesa pubblica - declinata in questo caso in termini di maggiore rapidità della sua erogazione - possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia, ha introdotto una **disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti**, con scadenza al 31.12.2021, la quale privilegia **forme di gara più snelle e modalità di gestione "meccanica" di alcuni passaggi** (quali, nel caso che interessa, il giudizio di anomalia condotto con **esclusione automatica delle offerte anomale**)».*
- In merito **all'eventuale contrasto con la disciplina eurounitaria**, che privilegia forme di verifica in contraddittorio delle offerte anomale, il TAR ha statuito che : *«la disciplina in questione opera sottosoglia, cioè in un contesto in cui, al più, sono applicabili i **principi di derivazione eurounitaria**; la giurisprudenza eurounitaria predica siffatta applicabilità sull'assunto che **sia individuabile un interesse transfrontaliero della gara**; la parte non ha in alcun modo evidenziato le ragioni per le quali ritiene che siffatto interesse transfrontaliero sussisterebbe, ... tanto più in un contesto in cui non risulta che si siano palesate imprese straniere».*



CRITICITA' DELLA SENTENZA DEL TAR PIEMONTE

- Al punto 1.4 della procedura di Infrazione n. 2018/2273 la Commissione ritiene che l'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 sia incompatibile con le disposizioni UE in questione, giacché dalla sentenza della Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06 emerge : 1) che, in caso di appalti con un valore inferiore alla soglia UE, le offerte anormalmente basse possono essere escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) **purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato che l'appalto non ha un interesse transfrontaliero certo**, e 2) che è consentito fissare una soglia (un numero minimo di offerte ammesse) oltre la quale le offerte anormalmente basse sono escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) purché tale soglia sia sufficientemente elevata.
- Per quanto concerne il punto 2), la Commissione ha rilevato che **la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 non sembra essere sufficientemente elevata, in particolare con riferimento alle grandi amministrazioni aggiudicatrici** (la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 si applica a tutte le amministrazioni aggiudicatrici, a prescindere dalle loro capacità amministrative).



CRITICITA' DELLA SENTENZA DEL TAR PIEMONTE

- Ulteriore criticità sembra derivare dall'analisi ermeneutica dell'art. 1, comma 1, del D.L. 76/2020, posto a fondamento della sentenza del TAR Piemonte. La norma prescrive che : *«Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021»*.
- Diversamente da quanto esprime la sentenza, **la deroga non riguarda tutto il codice dei contratti pubblici**, ma più limitatamente, per quello che interessa ai fini del presente argomento, **l'art. 36, comma 2, del D.Lgs. 50/2016** relativamente agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate **e non l'art. 97, comma 8, sulle offerte anomale**.
- Peraltro, l'art. 97, comma 8, viene espressamente citato dall'art. 36, comma 2, soltanto a proposito della previsione di cui alla lettera d), vale a dire **il caso della procedura ordinaria per appalti di lavori superiori a € 1.000.000,00**.



ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR PUGLIA

- Una successiva sentenza del TAR Puglia, invece, ha ritenuto che, in presenza di una *lex specialis* che nulla disponeva quanto all'automatismo espulsivo, disporlo in via diretta ed immediata significherebbe **porre ingiustificati ostacoli al principio di massima partecipazione alle gare**, da sempre pregiudicato dal giudice comunitario (TAR Puglia, Sez. di Lecce, sentenza 22 gennaio 2021, n. 113).
- Sul punto, rileva il TAR Puglia che la **Corte di Giustizia** (sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo), sia pure relativamente ad altra questione, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che **ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti**”*.



ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR PUGLIA

In motivazione, la sentenza della Corte di Giustizia cit. dal TAR Puglia ha evidenziato che il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte. Dall'altro lato, prosegue la Corte di giustizia, **l'obbligo di trasparenza**, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che **tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri**, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di **comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo** e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.



ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR LAZIO

- L'intervento del **TAR Lazio con sentenza 19 febbraio 2021, n. 2104**, sull'esclusione automatica prevista dal Decreto Semplificazioni, si pone invece in chiaro contrasto con il TAR Puglia.
- Nella suddetta sentenza il TAR Lazio sostiene che nelle procedure prese in considerazione dall'art. 1, comma 3, del D.L. 76/2020, « ... **il meccanismo di esclusione automatica ivi configurato opera obbligatoriamente, senza necessità di inserimento negli atti di indizione delle procedure stesse; in altri termini, esso non è oggetto di una facoltà liberamente esercitabile dalla stazione appaltante, come si desume dal chiaro tenore letterale della norma e, in via sistematica, dal favor per la procedura negoziata ricavabile dall'art. 1, co. 2, d.l. cit.**».
- Ipotizzare l'introduzione di una mera facoltà, secondo il TAR Lazio, vanificherebbe lo scopo di semplificazione sotteso alla normativa in esame, posto che alla riduzione del numero di operatori invitati non conseguirebbe la possibilità di ricorrere a un automatismo per escludere le offerte anomale: la norma sarebbe, infatti, posta a tutela del duplice interesse a garantire l'affidabilità dei contraenti con la pubblica amministrazione e ad assicurare che tale affidabilità sia accertata "in tempi compatibili con un sollecito svolgimento della procedura di gara".
- Il TAR conviene circa **l'eterointegrazione della lex specialis** a opera del ridetto art. 1, co. 3, D.L. n. 76 del 2020.

ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR LAZIO

- Nel richiamare le motivazioni della sentenza del TAR Piemonte 17 novembre 2020, n. 736, il TAR Lazio, in un passaggio della sentenza, richiama anche la pronuncia del TAR Puglia, Lecce, 22 gennaio 2021, n. 113.
- In merito a quest'ultima sentenza, che afferma l'inoperatività dell'esclusione automatica se non prevista negli atti di indizione della gara, sulla base dei principi espressi da Corte giust. UE 2 giugno 2016, C-27/15, e 10 novembre 2016, C-162, il TAR Lazio **esprime dubbi circa la possibilità di riferire tali principi non solo a previsioni di natura escludente**, e dunque aventi rilievo sulla platea dei partecipanti, **ma a un meccanismo, peraltro automatico, di esclusione di offerte anomale**, ossia presuntivamente inadeguate a garantire la corretta esecuzione dell'appalto.

ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA : LA SENTENZA DEL TAR CALABRIA

- Di analogo tenore è la sentenza del **TAR Calabria, 02.03.2021 n. 449**, nella quale viene confermato che l'esclusione automatica di cui al Decreto Semplificazioni prescinde dall'indicazione in lex specialis di una clausola ad hoc.
- Tale sentenza ripropone le motivazioni del TAR Piemonte a sostegno della decisione e quelle del TAR Lazio per confutare le argomentazioni contenute nella sentenza n. 113/2021 del TAR Puglia.

DELIBERA ANAC

- La **delibera ANAC 797 del 14 ottobre 2020**, ha previsto l'inserimento dell'esclusione automatica nel bando.
- Più precisamente, l'Autorità ha statuito che in una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo e di importo inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e che non presenti carattere transfrontaliero, in presenza di più di dieci (cinque) offerte ammesse, **le stazioni appaltanti sono tenute a valutare i presupposti dell'applicazione o meno dell'esclusione automatica delle offerte** in presenza delle quattro condizioni contemplate al comma 8 dell'art. 97, **in via preventiva al momento della redazione del bando di gara, con la conseguenza che, operata siffatta scelta, non è possibile procedere in maniera diversa.**
- Tale pronuncia, si esprime a favore di una previsione nella lex specialis, **censurando l'operato della stazione appaltante che non aveva inserito nel bando di gara la clausola dell'esclusione automatica delle offerte.**



SOGLIA DI ANOMALIA IN CASO DI OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA

- L'art. 97, comma 3, del D.Lgs. 50/2016 stabilisce che quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.
- Il calcolo di cui sopra è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia **pari o superiore a tre**.



VERIFICA ANOMALIA IN PRESENZA DI DUE OFFERTE

- Una recente sentenza del **TAR Sicilia, Palermo, n. 612 del 17 febbraio 2021**, ha stabilito che l'art. 97 co. 3 d.lgs. 50/16, pur non imponendo quale obbligo l'adempimento della verifica dell'offerta anomala in presenza di meno di tre operatori economici partecipanti alla gara, ha ritenuto tuttavia che **tale verifica è però sempre possibile anche allorquando i concorrenti sono inferiori a tale numero minimo**.
- La commissione di gara, dunque, stante l'applicabilità dell'art. 97 D.Lgs 50/2016 anche alle concessioni di servizi (Consiglio di Stato sez. VI, 7 maggio 2020, n.2885; Consiglio di Stato, sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317), **non avrebbe potuto omettere la verifica di anomalia dell'offerta in questione, in presenza di consistenti elementi che avrebbero dovuto indurla a dubitare della sua serietà**.



PROCEDURE APERTE SOTTO SOGLIA

L'ANAC, con la Delibera n, 222 del 9 marzo 2021, ha stabilito che l'esclusione automatica delle offerte anomale, anche con più di cinque offerte, **non si applica alle procedure aperte**.

L'Autorità ha ritenuto che da una lettura sistematica del D.L. Semplificazioni, la disposizione di cui al comma 3 si applica specificamente alle procedure introdotte in virtù della nuova disciplina, ovvero alle procedure di affidamento diretto e negoziate di cui all'articolo 1, comma 2, lettere a) e b) e **non anche ad altre procedure, quale quella aperta sotto soglia**, svolta dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016 in alternativa alla procedura negoziata.