



Province & Comuni

Linee
Guida
Incentivi
Tecnici e
Appalti



Questo Bollettino fa parte di una collana di pubblicazioni tecniche, a cura degli esperti selezionati da UPI nei settori degli Appalti, delle Politiche europee, dell'Innovazione&Digitalizzazione, nell'ambito di "Province&Comuni", Progetto strategico finanziato con le risorse del Programma Operativo Complementare al PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020.

A cura di:

Andrea Gandino (*Gandino Paire Studio di Avvocati*) – esperto UPI
con la collaborazione di **Matteo Mele** (*Gandino Paire Studio di Avvocati*)

Indice

IL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA.....	4
<i>Inquadramento generale.....</i>	<i>4</i>
<i>Il procedimento per gli appalti sopra-soglia.....</i>	<i>5</i>
<i>Il procedimento negli appalti sotto-soglia.....</i>	<i>7</i>
<i>Sopravvenienza CCNL e ribasso sui costi della manodopera: scatta la verifica dell'anomalia dell'offerta?.....</i>	<i>9</i>

IL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA.

Inquadramento generale.

Sulla scorta di quanto previsto dal previgente art. 97 del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.l. 76/2020 (l. conv. 120/2020), anche il nuovo d.lgs. 36/2023 conferma la procedura di verifica delle offerte anomale negli appalti pubblici, con due modalità distinte rispettivamente per gli appalti sopra-soglia e sotto sotto-soglia.

Trattasi di un procedimento che ha come obiettivo l'**accertamento dell'attendibilità e della serietà dell'offerta nel suo complesso, nonché della reale capacità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte** (Cons. di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690). Il procedimento, dunque, non ha carattere sanzionatorio, essendo anzi improntato sulla collaborazione tra l'impresa partecipante e l'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2019, n. 7506). L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. di Stato, sez. V, 22 febbraio 2024, n. 1776).

Nel dettaglio, la valutazione di congruità, espressione della discrezionalità tecnica di cui gode l'amministrazione, in ossequio ai principi di risultato, di ragionevolezza, di adeguatezza e di logicità, deve essere:

- “globale” e “sintetica”, non concentrandosi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (Cons. di Stato, sez. V, 22 febbraio 2024, n. 1776);
- condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro (Cons. di Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

Si precisi, inoltre, che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo, essendo per contro sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (Cons. di Stato, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3480). Sicché, il margine di discrezionalità di cui gode l'amministrazione ai fini della scelta di attivare, o meno, la verifica facoltativa di anomalia dell'offerta non può condurre a scelte manifestamente illogiche o irragionevoli, ove quest'ultime tradiscano la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara (TAR Sicilia, 4 giugno 2024, n. 2096).

Il procedimento per gli appalti sopra-soglia.

Ai sensi dell'art. 110 co. 1 del Codice, *“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 [i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale], appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”*.

In questa fattispecie di portata generale, il RUP avvia un sub-procedimento in cui verifica l'anomalia dell'offerta, instaurando un contraddittorio con l'operatore economico al fine di richiedere per iscritto le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni (co. 2). È quindi *“necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo”* (Relazione al Codice), senza poter procedere ad alcuna esclusione automatica degli operatori.

Inoltre, la stazione appaltante è tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. di Stato, sez. III, 14 novembre 2018, n. 6430).

Nel dettaglio, ai sensi del successivo co. 3, le predette spiegazioni possono riguardare:

- 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.

Cionondimeno però, non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, ed in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente (co. 4). È importante rilevare che le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui **può certamente tenersi conto di sopravvenienze, sia fattuali che normative, che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta** (Cons. di Stato, sez. V, 22 febbraio 2024, n. 1776).

Si comprende, dunque, che il subprocedimento di verifica dell'anomalia, dal punto di vista della strutturazione, si articola in tre fasi logicamente consequenziali: fase istruttoria, fase valutativa e giudizio finale. Con quest'ultima la stazione appaltante decide se l'offerta dell'operatore economico soggetta a verifica sia o meno congrua. Si legge infatti al co. 5 del citato art. 110 che: *“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”.*

Ebbene, **la stazione appaltante non è tenuta, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione da una sorta di preavviso**, al fine di dare all'impresa la possibilità di replicare. Il contraddittorio procedimentale, infatti, ha funzione meramente istruttoria - serve alla stazione appaltante ad acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta sui quale nutre dei dubbi - non a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni (TAR Roma, 30 aprile 2024, n. 8580).

Inoltre, l'obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante sussiste solo in caso di giudizio negativo, non richiedendosi motivazione analitica in caso di giudizio positivo. In tale eventualità, infatti, quando cioè la stazione appaltante abbia concluso favorevolmente il sub-procedimento di anomalia dell'offerta della controinteressata, **spetta al concorrente che contesta l'aggiudicazione e il giudizio di anomalia positivo dedurre le cause specifiche dell'insostenibilità ed offrire gli elementi a sostegno di tali deduzioni**, dai quali il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico discrezionale dell'amministrazione sia stata, come detto, manifestamente irragionevole o travisata (Cons. di Stato, sez. V, 18 settembre 2024, n. 7629).

Il procedimento negli appalti sotto-soglia.

L'art. 54 del d.lgs. 36/2023 rubricato "esclusione automatica delle offerte anomale", in merito alle procedure sotto-soglia, dispone al comma 1 che: *"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 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). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"*. La norma in commento riporta la disciplina contenuta nel comma 3 dell'art. 1 del d.l. 76/2020 che è dunque divenuta, con l'entrata in vigore del nuovo Codice, disciplina non più transitoria. Tuttavia, diversamente dalla norma sopra richiamata, la formulazione dell'art. 54 prevede al fine dell'operatività del meccanismo di esclusione automatica che esso sia espressamente previsto nella *lex specialis* di gara, come in effetti avveniva nella vigenza del vecchio art. 97, comma 8 del d.lgs. 50/2016.

Sebbene la direttiva europea 2014/24/EU vieti in linea generale l'applicazione di qualsiasi forma di automatismo per l'esclusione automatica delle offerte che siano classificate anomale sulla base, a titolo esemplificativo, di un algoritmo matematico, nell'ambito dei contratti sotto-soglia è invece ammesso il ricorso a sistemi di esclusione automatica in relazione all'individuazione di una soglia di anomalia, ma soltanto per appalti non di interesse transfrontaliero e comunque al ricorrere di un numero di offerte sufficientemente elevato (cinque).

Qualora sia ravvisabile nella procedura sotto-soglia un interesse transfrontaliero, infatti, l'art. 48 comma 2 del d.lgs. 36/2023 statuisce che dovranno essere seguite le procedure ordinarie. **L'art. 54 del d.lgs. 36/2024, in commento, trova peraltro concreta applicazione esclusivamente alle procedure negoziate e alle procedure ordinarie (lett. d), comma 1 dell'art. 50), non essendo applicabile all'affidamento diretto (lett. a) e b) del comma 1 dell'art. 50).**

Infine, si segnala che l'ultimo periodo del citato comma 1 dell'art. 54 si riferisce al tema della "verifica facoltativa" della congruità dell'offerta, recuperando invero il disposto del comma 6 dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 previgente.

Il comma 2 della medesima disposizione stabilisce che: *"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 II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2"*. Tale comma, come si legge nella Relazione al Codice, costituisce la parte più innovativa delle disposizione, proprio nella parte in cui prevede **l'obbligo per la stazione appaltante di inserire negli atti della procedura di gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso anche il metodo matematico di determinazione della soglia di anomalia individuato rispetto a quelli previsti nell'All. II.2 del Codice.**

E ciò, al fine precipuo di ridurre al minimo i rischi di manipolazione della soglia di anomalia, assicurando un equilibrio tra il contenimento dei costi e la qualità delle prestazioni fornite dall'operatore economico selezionato. Si precisa, peraltro, che la scelta di tale metodo matematico di calcolo effettuata dalla stazione appaltante in sede di definizione della *lex specialis* di gara non necessita di alcuna specifica motivazione.

A conferma di quanto appena riportato si segnala, in ultimo, che recentissima giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che *“onde procedere all’esclusione automatica delle offerte anomale occorre osservare i dettami dell’art. 54, commi 1 e 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in sintesi prevedendola negli atti di gara, per i casi appalti inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria non presentanti un interesse transfrontaliero certo e di ammissione alla gara di almeno cinque offerta, ed ivi indicando altresì il metodo di individuazione delle offerte anomale... Ad avviso del Collegio, dunque, la mancata indicazione del metodo per l’individuazione delle stesse, non poteva essere colmata, ovvero sanata ex post dalla stazione appaltante con la comunicazione inviata alla ricorrente con nota prot. n. 1100 in data 27.12.2023 a seguito dell’istanza del 22 dicembre 2023, di annullamento in autotutela della sua esclusione (nota a termini della quale: “L’esclusione dalla RDO ad inviti è avvenuta ai sensi degli artt. 110 comma 2 e 54 comma 2 del D. lgs. n. 36/2023, secondo il metodo di calcolo negli atti di gara sorteggiandolo, tra quelli compatibili, in sede di valutazione delle offerte”)*” (Tar Campania, sez. IV, 8 maggio 2024, n. 3001).

Sopravvenienza CCNL e ribasso sui costi della manodopera: scatta la verifica dell’anomalia dell’offerta?

La verifica di anomalia eseguita dall’amministrazione non può prescindere dall’esame delle voci di costo ragionevolmente attendibili in sede esecutiva, ivi incluse le variazioni retributive ascrivibili all’adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopraggiunto alle offerte e diverso da quello tenuto in considerazione dall’amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera.

La più recente giurisprudenza, infatti, ha chiarito che la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell’offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell’esecuzione dell’appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l’offerta economica dell’impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453). E ciò, in quanto l’aumento dei costi del personale impiegato derivante dal periodico rinnovo dei contratti collettivi di lavoro applicabili al settore non dovrebbe essere considerato un evento imprevedibile, ma una normale evenienza di cui l’imprenditore dovrebbe sempre tenere conto nel calcolo della convenienza economica dell’offerta presentata in gara (Cons. di Stato, sez. V, 7 luglio 2023, n. 6652).

La valutazione dell'amministrazione appaltante non può prescindere, quindi, dal prendere in considerazione anche quei costi che con ragionevole certezza si presenteranno nel corso dell'esecuzione, nell'entità e nella consistenza prevedibile al tempo in cui la verifica di congruità sia effettuata.

Si precisa, inoltre, che la modalità di calcolo del costo della manodopera, funzionale alla verifica di anomalia, si compone di due operazioni principali: va, in primo luogo, stimato il costo medio effettivo dividendo la retribuzione lorda annuale per il numero di ore effettive di lavoro; successivamente occorre moltiplicare tale valore medio per il numero totale delle ore lavorative offerte all'amministrazione (ore effettivamente garantite per l'esecuzione della prestazione).

Sul punto, come chiarito dal Consiglio di Stato, non può essere dichiarato il carattere anomalo di un'offerta in ragione del fatto che il costo del lavoro è stato indicato secondo valori in ipotesi inferiori rispetto a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali (di cui al comma 13 dell'art. 41 del d.lgs. 36/2023), essendo consentiti scostamenti dalle voci di costo ivi riassunte. Spetta, infatti, alla stazione appaltante valutare se si tratti discostamenti talmente significativi e, comunque, del tutto ingiustificati, tali da poter compromettere la complessiva affidabilità dell'offerta (Consiglio di Stato, sez. V, 16 settembre 2024, n. 7603).

Ad ogni modo, resta fermo il principio secondo cui un ribasso sui costi della manodopera rispetto alla stima della stazione appaltante non è sufficiente per attivare una verifica sull'anomalia dell'offerta, né dimostra di per sé l'irragionevolezza della valutazione dell'amministrazione. La stazione appaltante, infatti, ha discrezionalità nel decidere se effettuare o meno tale verifica e questa decisione non può essere contestata dal giudice se non appare illogica (TAR Campania, sez. I, 9 dicembre 2024, n. 6898).



@provincecomuni



www.pi-co.eu

