

La disciplina delle offerte anomale nel  
sistema del Codice dei Contratti Pubblici  
(D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii) e del suo  
Regolamento di attuazione ed  
esecuzione (d.P.R. n. 207/2010)

---

Di Carlo Buonauro, Magistrato amministrativo

Schede di supporto alla relazione al convegno e/o Regione Campania del 24.6.2011

Nozione generale: Offerta valida dal punto di vista giuridico-amministrativo ma che presenta dubbi sui contenuti di affidabilità (qualità prestazionale, tempistica).

Determinazione AVCP n. 6 dell'8 luglio 2009

---

- Esclusione automatica
- Verifica in contraddittorio con giustificazioni

# Normativa Primaria

---

**Normativa**

Codice contratti pubblici



# Normativa

---

- D.P.R. n. 207/2010: artt. 121 e 284 (rinvio interno ed identità di disciplina tra lavori, servizi e forniture).
- Competenza esclusiva dello Stato (tutela della concorrenza e del mercato) e piena operatività della fonte regolamentare in quanto relativa a settori preclusi alla normativa regionale (Corte cost. n. 401/2007 e 160/2008).

# Codice contratti pubblici - Statuto generale delle offerte anomale

---

- art 86-87-88
- art 122 comma 9
- art 124 comma 8

# art 86-87-88

---

- 86: *an* dell'anomalia = se un offerta è anomala (criteri e parametri di individuazione); norma generale relativa sia a lavori pubblici, sia a servizi e forniture, e per qualsiasi tipologia di gara o affidamento
- 87-88: *quomodo* dell'anomalia = regime giuridico da applicare, come gestire l'offerta anomala

## 86: criteri di individuazione di un offerta anormalmente bassa per tutte le tipologie di affidamento di contratti pubblici

- Rispetto alla legge 109/94 generalizza la disciplina dell'offerta anomala
- Diversità importo x esclusione sotto soglia tra lavori pubblici (1.000.000) e forniture/beni e servizi (100.000)
- Comma 1 e 2 criteri: aspetto qualitativo sulla base del meccanismo scelto di aggiudicazione
  - Comma 1: prezzo più basso
    - Taglio delle ali (10%), sia sotto e sopra soglia
    - Il taglio delle ali vale solo nel computo ma non come esclusione della procedura
    - Le offerte con la stessa % di ribasso sono da considerare offerte plurime
  - Comma 2: offerta economicamente più vantaggiosa
    - Le stazioni appaltanti devono valutare il prezzo e gli altri elementi di valutazione (merito tecnico): l'offerta è anomala se consegue un punteggio di almeno 4/5 rispetto a quelli conseguibili separatamente a prezzo (40, 30,...) e merito (60, 70,...). Solo per appalti integrati vincolo 65% merito tecnico.
    - La gestione è più delicata per la presenza di aspetti discrezionali/valutativi che potrebbero incidere sull'individuazione dell'offerta anomala
    - In questo caso non opera l'esclusione automatica
- Estensione individuazione anomalia
  - Anomalia obbligatoria
    - Doverosa per rispetto della norma: in caso contrario la procedura è illegittima; non occorre una specifica motivazione essendo un adempimento ex lege in presenza dei presupposti ivi indicati
  - Art. 86 comma 3 -Anomalia facoltativa con puntuale corredo motivazionale
    - Anche al di fuori degli altri due commi in base a specifici elementi (prossimità alla % per il taglio delle ali, dubbi contenuti offerta, ...) che giustifichino l'approfondimento
    - Non può essere attivato su richiesta di parte ma è nella prerogativa dell'amministrazione anche nel silenzio del bando
- Comma 4: solo nel caso di offerta al prezzo più basso
  - non si applica il comma 1 (il taglio delle ali) in presenza di meno di 5 offerte ma si applica il comma 3
    - Contrasto con artt. 122 e 124 che prevedono, dopo il terzo correttivo, almeno 10 offerte ammesse
- Comma 5: giustificazioni preventive o preliminari, eliminato nel 2009 con la legge 102
  - Prassi stazioni appaltanti
  - Assenza sanzioni in caso di inosservanza
    - requisito di partecipazione = causa di esclusione
    - solo per offerta anomala
    - può il bando di gara imporre la presentazione (nel recente Decreto Sviluppo - d.l. n. 70/2011 - è vietato aggiungere prescrizioni aggiuntive a quelle previste dalla normativa per escludere le offerte)? Prima della 102 era ammesso in caso di non discriminare e nel rispetto del criterio di proporzionalità
    - La legge 102/2009 ha soppresso l'ultimo comma dell'art. 86

# Analisi della fonte regolamentare

---

- Norme di specificazione del meccanismo del taglio delle ali e ricognitive degli indirizzi giurisprudenziali maturati al riguardo:
- A) offerte col medesimo ribasso considerate distintamente sia per il calcolo della media, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico.
- B) inclusione nel 10% di tutte le offerte recanti il medesimo ribasso
- C) accantonamento dal calcolo e non esclusione dalla procedure



# Analisi della fonte regolamentare

---

- In tema di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 121, ult. co., riprende, quanto a parametri di individuazione delle offerte anomale, lo stesso disposto di cui all'art. 86, 2 co., del Cod App.
- Stesse modalità organizzativo-procedimentali per la gestione delle offerte anomale (v. infra)

## 87-88 Cod Appalti = regime giuridico da applicare: come gestire l'offerta anomala nel soprasoglia (sempre) e nel sottosoglia (quando non ricorrono le eccezionali condizioni che legittimano l'esclusione automatica)

---

- Si applica solo il procedimento di verifica in contraddittorio, acquisendo giustificazioni, integrazioni, audizione con i termini, i modi e le prescrizioni di cui agli artt. 87 e 88 Cod Appalti
- Giudizio sull'anomalia se non evidentemente illogico non è censurabile (in quanto si valuta l'affidabilità e quindi non si può opporre un altro giudizio)
- Se l'amministrazione accoglie le giustificazioni prodotte non è necessario motivare specificamente, potendosi rinviare *per relationem* ai contenuti dei documenti giustificativi prodotti dall'impresa. Puntuale motivazione, sulla globale congruità dell'offerta alla luce dei suoi aspetti significativi, in caso di mancato accoglimento delle giustificazioni
- Art 88. comma 1 bis: istituzione Commissione di supporto per la verifica delle giustificazioni, codificando con la legge 102/2009 una prassi amministrativo-organizzatoria già diffusa
  - Valuta le giustificazioni e le precisazioni (non aggiungere aspetti non previsti con le giustificazioni)
- Art 88 - comma 7 :Verifica collettiva dell'offerta anomala in luogo del più lungo procedimento individuale-progressivo
  - Limiti: qualitativi (inserita nel bando) e quantitativi (gruppi di non oltre 5)

# Analisi della fonte regolamentare

---

- Profilo competenziale ed organizzativo:
- A) dal seggio di gara al responsabile del procedimento, quale soggetto preposto alla verifica delle giustificazioni
- B) possibilità di avvalersi di
  - – uffici ed organismi tecnici della stazione appaltante
  - - commissione di gara ove costituita
  - - specifica commissione tecnica ex art. 88, co. 1bis, Cod App (limiti all'utilizzabilità di personale esterno)

# 122.124 Cod App: regime giuridico da applicare nel sottosoglia: come gestire l'offerta anomala - Lavori (€ 1.000.000,00) - servizi e forniture (€ 100.000)

- Sotto soglia
  - Novità di cui al terzo correttivo (D.Lgs. n. 152/2008): Introduzione di una soglia di rilevanza economica (€1.000.000 - €100.000) e raddoppio del numero minimo di offerte ammesse (almeno 10) per l'applicazione dell'esclusione automatica
  - Presupposti per l'esclusione automatica: 1) importo gara; 2) prezzo più basso; 3) espressa indicazione nel bando di gara; 4) numero offerte ammesse di almeno 10
  - Ipotesi casistiche
    - A) Almeno 10 offerte = esclusione automatica di tutte quelle che risultino anomale ex art. 86, comma 1
    - B) Meno di 5 = si aggiudica direttamente al miglior ribasso senza obbligo di calcolo della soglia di anomalia, salva la verifica facoltativa ex art. 86, comma 3
    - C) Tra 5 e 9 offerte = dubbi interpretativi. Prevale la stessa opzione di cui alla precedente lett. B)
  - Questione connessa :Soggetti ammessi a gara, nel caso di consorzi stabili (cartelli che potrebbero inquinare il calcolo del valore soglia)
    - Possono partecipare alla gara il consorzio e le imprese consorziate?
    - art 36, comma 5 prevede che l'impresa indicata in caso di aggiudicazione non può partecipare mentre possono partecipare le altre aziende consorziate
    - Se la gara prevede l'esclusione automatica, la legge estendeva il divieto a tutti i consorziati
    - art 17 legge 69 del 2009, abrogata l'ultimo periodo dell'art. 56, comma 5, Cod. Appalti, relativa all'eccezione di allargare a tutti i consorziati il divieto di partecipazione congiunta nelle gare con esclusione automatica delle offerte anomale. Resta salvo il potere per l'amministrazione di escludere per collegamento di fatto in presenza di una dimostrata situazione di unicità centro decisionale

# Percorso giurisprudenziale-normativo

- art 21, comma 1bis, legge Merloni: esclusione automatica doverosa delle offerte anomale nel sottosoglia
- Corte Costituzionale conferma l'art. 1 per ragioni di speditezza dell'azione amministrativa (art. 97 Cost: buon andamento)
- Codice Contratti Pubblici, anche nel sotto soglia si applica verifica in contraddittorio tranne l'eccezione nel sotto soglia dove sono stabiliti dei criteri per l'esclusione automatica
- Corte Giustizia, 15 maggio 2008, 148/06, : 1) non è vero che il sotto soglia sia libero da vincoli comunitari; 2) l'esclusione automatica contrasta con il principio del contraddittorio; 3) l'esclusione automatica può operare solo se non c'è rilevanza transfrontaliera nell'appalto ed in presenza di un numero congruo di offerte ammesse (superiore a 5)
- Decreto 152/2008, terzo correttivo a seguito di procedura infrazione comunitaria: per l'anomalia sotto soglia, scelta di mantenere in vita gli artt. 122 e 124, ma irrigidendone i contenuti in ossequio ai dicta della CGCE (introduzione di un'ulteriore soglia di individuazione degli appalti privi di rilevanza transfrontaliera : 1.000.000 per i lavori; 100.000 per servizi e forniture) e raddoppio (da 5 a 10) del numero di offerte ammesse in presenza delle quali è consentito il ricorso al meccanismo semplificato dell'esclusione automatica delle offerte anomale

# Analisi della fonte regolamentare

---

- Applicabilità dei segnalati profili organizzativi-procedimentali anche nel sottosoglia ogni qual volta non operi il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale
- Precisazione per cui, nelle ipotesi ex 122, comma 9/124, comma 8, con meno di 10 offerte ammesse (anche se più di quattro),
  - A) non si procede all'esclusione automatica (pur se prevista in bando),
  - B) non si determina la soglia di anomali (estendendosi la franchigia dall'anomalia obbligatoria ex art. 86, co. 4)
  - C) si chiude la seduta pubblica
  - D) eventualmente si rimette al responsabile del procedimento per la verifica facoltativa dell'anomalia ex art. 86, co. 3
  - E) si procede all'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta

Quesiti particolari: Nel caso di cottimo fiduciario la stazione appaltante deve applicare la procedura dell'offerta anomala?

---

- Non c'è il vincolo ma è possibile in evidenti situazioni di anomalia, dovendosi comunque appurare la congruità dell'offerta selezionata (applicazione art 86, comma 3)

# Quesiti particolari: Nel caso di cottimo fiduciario la stazione appaltante deve applicare la procedura dell'offerta anomala?

- TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. II - ordinanza 5 maggio 2011 n. 739 Al cottimo fiduciario sono applicabili i principi propri del codice dei contratti pubblici in materia di verifica dell'anomalia delle offerte; va pertanto accolta una domanda di sospensione dell'aggiudicazione di un cottimo fiduciario nel caso in cui, a seguito di apposita verifica, sia risultato che l'offerta rimasta aggiudicataria abbia natura anomala, anche con riguardo al costo medio orario del lavoro.

Sentenze correlate:

- TAR SARDEGNA - CAGLIARI SEZ. I, sentenza n. 212 del 10-3-2011 (sull'applicabilità del principio di pubblicità delle operazioni di gara anche nel caso di procedura negoziata ex artt. 125, comma 11 e 253, comma 22 del Codice dei contratti pubblici, mediante cottimo fiduciario).

E' illegittima l'aggiudicazione di una procedura negoziata ex artt. 125, comma 11 e 253, comma 22 lett. b) del [D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163](#) (Codice dei contratti pubblici), per l'affidamento, mediante cottimo fiduciario, di un incarico professionale di studio, nel caso in cui le operazioni di gara si siano svolte in un'unica seduta non pubblica; infatti, il principio di pubblicità delle operazioni di gara - che risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni stesse - opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale (si veda l'art. 2 del citato [D. Lgs. n. 163 del 2006](#)), ancorché semplificata e quindi anche in relazione ai cottimi fiduciari

- TAR LOMBARDIA - BRESCIA SEZ. II, sentenza n. 137 del 21-1-2011 E' legittima la scelta della P.A. di non prendere in considerazione l'offerta di una ditta del settore, non invitata ad una procedura semplificata ed accelerata di cottimo fiduciario ex art. 125, co. 11, [D.L.vo n. 163 del 2006](#) (Codice dei contratti pubblici), per l'affidamento di un appalto di servizi ausiliari presso un asilo nido, ma che ha presentato comunque l'offerta, che sia motivata con riferimento al fatto che - nonostante la partecipazione di un solo concorrente dei cinque formalmente invitati - la ditta interessata è stata più volte invitata in passato a procedure di cottimo fiduciario, e, in un caso, è risultata anche aggiudicataria (1).

Ha osservato la sentenza in rassegna che, nonostante l'assenza di un concreto rischio di complicazione o di rallentamento della procedura, determinata dalla presentazione di una sola offerta, e, quindi, la sussistenza di una situazione in cui l'ammissione di un'ulteriore offerta, sia pure di un soggetto non invitato, avrebbe potuto contribuire ad attuare il principio di concorrenza effettiva, risulta legittima e/o pienamente giustificata l'applicazione del c.d. principio di rotazione tra numerosi concorrenti operanti in un determinato contesto economico, caratterizzato dalla presenza di numerose imprese potenzialmente idonee e interessate all'appalto.



# Quesiti particolari: Nel caso di cottimo fiduciario la stazione appaltante deve applicare la procedura dell'offerta anomala?

## Contra

- TAR TOSCANA - FIRENZE SEZ. I, sentenza n. 3988 del 22-12-2009 sull'inapplicabilità al cottimo fiduciario delle norme generali previste per le procedure di affidamento di appalti dal Codice dei contratti pubblici.
- 1. Al cottimo fiduciario, di cui all'art. 125 del [d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), non risultano in generale applicabili le norme del Codice dei contratti pubblici, proprie dell'evidenza pubblica comunitaria, trattandosi di una procedura negoziata la quale, pur procedimentalizzata, non richiede tuttavia il necessario rispetto dello specifico assetto disciplinare predisposto dal Codice dei contratti pubblici per le procedure aperte e ristrette, com'è peraltro reso evidente dal richiamo al rispetto dei "principi", cioè dei contenuti valoristici sostanziali della trasparenza, parità di trattamento ecc. senza tuttavia il necessario ossequio di tutti i passaggi procedurali in cui tali principi si inverano nelle procedure concorsuali ordinarie.
- 2. Nel caso di cottimo fiduciario, non è in particolare applicabile l'art. 84, comma 10, del [d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#) (a mente del quale "*la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte*"), non potendo tale norma specifica trovare applicazione nell'ambito dei lavori in economia di cui all'art. 125 del [d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), senza che ciò si traduca in una integrale assimilazione del cottimo fiduciario alla gara ordinaria, evenienza che sembra esclusa dall'art. 125, comma 11, citato.
- TAR FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE SEZ. I, sentenza n. 716 del 28-10-2010: Il principio di pubblicità delle gare di appalto non si estende alla procedura avente ad oggetto l'acquisizione di forniture in economia da affidare mediante cottimo fiduciario, non essendo l'osservanza del suddetto principio prevista dall'art. 125 del [D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163](#) (nella specie si trattava dell'affidamento, tramite cottimo fiduciario, dell'appalto del servizio di trascrizione delle sedute consiliari della Regione Friuli Venezia Giulia, di durata triennale

Quesiti particolari: Nel caso di cottimo fiduciario la stazione appaltante deve applicare la procedura dell'offerta anomala?

## Analisi della fonte regolamentare

---

Art. 328 prevede che le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia: a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati; b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia.

Art 331 prevede che le stazioni appaltanti assicurino comunque che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici.

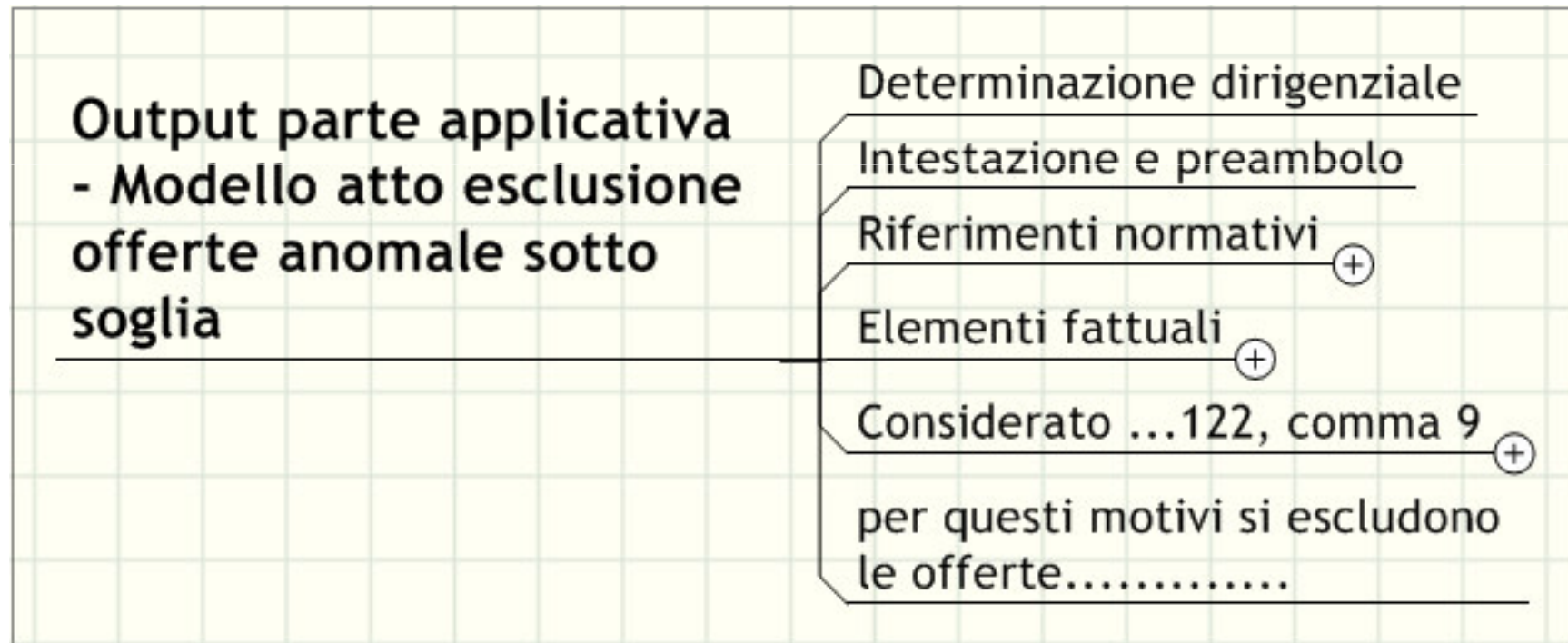
Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

# Quesiti particolari: Nel caso di cottimo fiduciario la stazione appaltante deve applicare la procedura dell'offerta anomala?

- **AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI - determinazione 6 aprile 2011, n. 2 - Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.**
- **A)** Il cottimo fiduciario non è una particolare modalità di retribuire una prestazione ricompresa in un contratto di lavoro subordinato o autonomo — stipulato attraverso una libera contrattazione della Pubblica Amministrazione con soggetti privati — commisurata alla quantità della prestazione prodotta anziché al tempo impiegato a produrla. Tale interpretazione non appare conforme a quanto previsto dal Codice che ha definito il cottimo quale procedura negoziata (articolo 3, comma 40) e dal Regolamento. Peraltro, la definizione di cottimo fiduciario quale procedura negoziata era già contenuta nel d.P.R. 554/99.
- **B)** Per quanto riguarda la verifica delle offerte anomale, si ritiene che in ogni caso trovi applicazione il principio di cui all'articolo 86, comma 3 del Codice, con cui l'amministrazione può tutelarsi valutando la congruità di ogni offerta che, sulla base di elementi specifici, appaia anormalmente bassa; anche tale elemento va citato nella lettera di invito.

# Output parte applicativa - Modello atto esclusione offerte anomale sotto soglia

---



# Riferimenti normativi

---

- Art 86, comma 1,: determinazione della soglia di anomalia con il taglio delle ali e individuazione delle offerte anomale in quanto eccedenti rispetto a tale soglia
- Art 122, comma 9/124, comma 8: norme attributive del potere di procedere ad esclusione automatica in deroga all'obbligo di verifica in contraddittorio a mezzo di giustificazioni

# Elementi fattuali

---

- individuazione soglia di anomalia
- esistenza offerte anomale

Corpo motivazionale: dare atto che ricorrono i presupposti di cui ai citati artt.122, comma 9/124, comma 8, Cod App

---

- presupposti

- Importo (non superiore € 1.000.000/100.00)
- Criterio di aggiudicazione (prezzo più basso)
- richiamo all'espressa indicazione nel bando (anche con rinvio alle norme di riferimento)
- numero delle offerte ammesse a gara (almeno 10)

# Dispositivo e comunicazioni di tutela

---

- Dispositivo: esclusione dalla procedura
- Indicazioni di tutela: ricorso giurisdizionale inderogabilmente al Tar competente (non più ammesso il ricorso straordinario) entro 30 giorni (non più sessanta) dalla conoscenza del provvedimento di esclusione.