

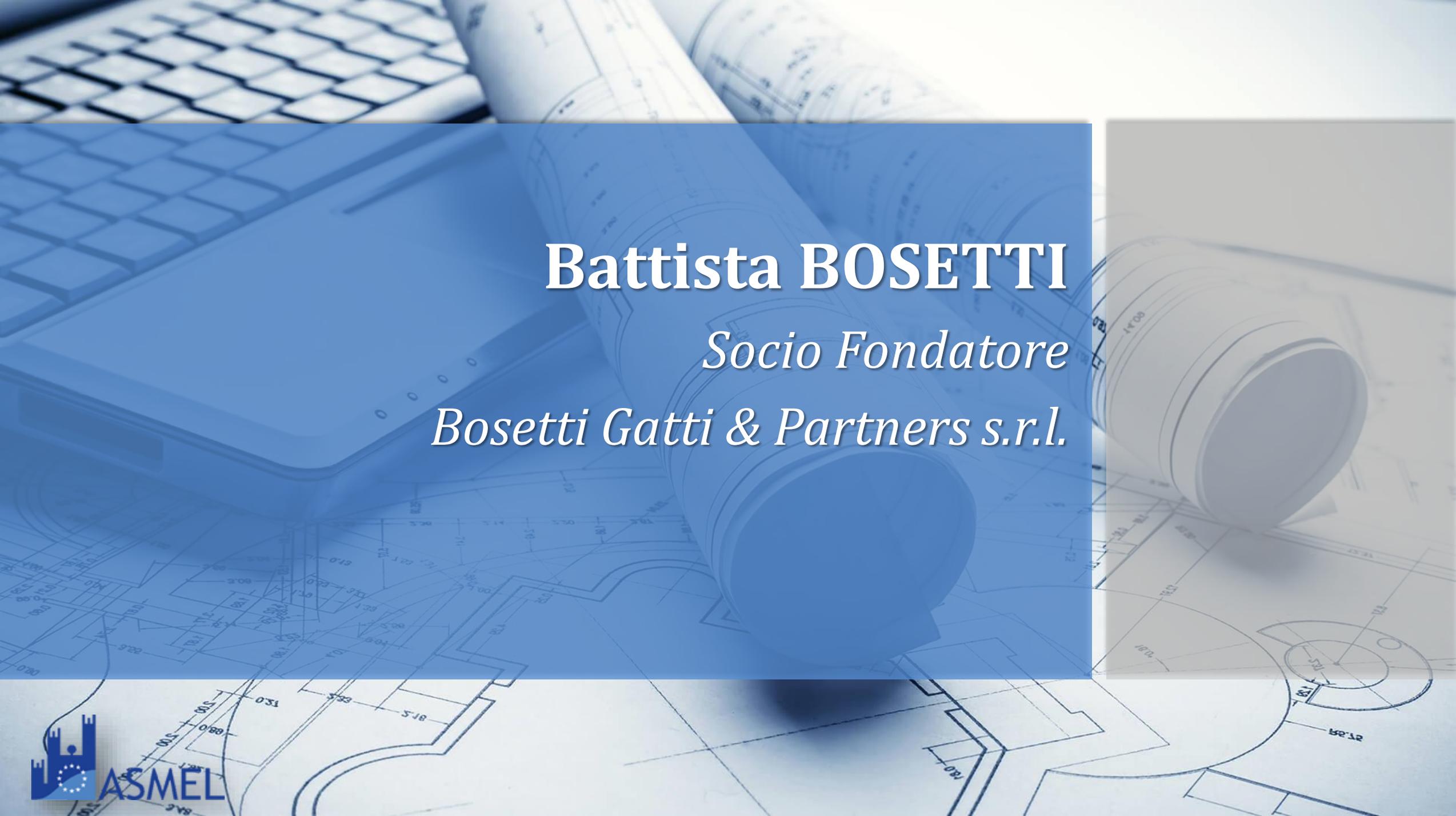


**«L'anomalia dell'offerta:
possibili indicazioni operative
e altri aspetti connessi»
a domanda risponde
*Battista BOSETTI***

15 ottobre 2019 dalle ore 11.30 alle ore 12.30



Avv. Vito RIZZO
Coordinatore Scientifico
Webinar ASMEL



Battista BOSETTI
Socio Fondatore
Bosetti Gatti & Partners s.r.l.

Quesiti

1. Si chiede di precisare il calcolo delle anomalie dopo il decreto sblocca cantieri.

*Dopo alcune incertezze iniziali, sull'art. 97, comma 2 **(almeno 15 offerte ammesse)** è intervenuto il MIT con proprio comunicato in esito a quesito specifico della Regione Toscana:*

Soglia di anomalia = $M + S \times [1 - (c1 \times c2)\%]$, dove:

M = media aritmetica delle offerte (al netto delle ali accantonate pari al 10% delle offerte di maggior ribasso e al 10% delle offerte di minor ribasso),

S = scarto medio aritmetico (somma degli scarti delle offerte che superano la media M),

c1 = prima cifra decimale dopo la virgola della somma dei ribassi (al netto delle ali),

c2 = seconda cifra decimale dopo la virgola della somma dei ribassi (al netto delle ali).

In pratica il la somma della media delle offerte e dello scarto medio è decrementata di un valore pari al predetto scarto medio moltiplicato per le prime due cifre decimali divise per cento.

MIT, ANAC e TAR Bologna (con decremento)

Art. 97, comma 2 (=> 15 offert Lotto unico

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
4	Offerente D (4)	30,2126	esclusa -8	-	-
17	Offerente Q (17)	29,9163	esclusa -7	-	-
6	Offerente F (6)	27,7470	esclusa -6	-	-
9	Offerente I (9)	26,1609	esclusa -5	26,1609	9,6981
10	Offerente J (10)	22,4830	esclusa -4	22,4783	6,0155
8	Offerente H (8)	22,3001	esclusa -3	22,3001	5,8373
7	Offerente G (7)	22,2495	esclusa -2	22,2495	5,7867
22	Offerente V (22)	22,1509	esclusa -1	22,1109	5,6481
21	Offerente U (21)	19,3047	1	19,3047	2,8419
1	Offerente A (1)	18,1738	2	18,1738	1,7110
12	Offerente L (12)	17,3764	3	17,3764	0,9136
13	Offerente M (13)	17,0651	4	17,0651	0,6023
2	Offerente B (2)	13,6872	5	13,6872	-
20	Offerente T (20)	13,2173	6	13,2173	-
14	Offerente N (14)	12,6165	7	12,6165	-
15	Offerente O (15)	11,2977	8	11,2977	-
18	Offerente R (18)	9,9800	9	9,9800	-
11	Offerente K (11)	8,0148	10	8,0148	-
5	Offerente E (5)	7,3723	11	7,3723	-
16	Offerente P (16)	6,6852	12	-	-
19	Offerente S (19)	5,7054	13	-	-
3	Offerente C (3)	2,1454	14	-	-



Aggiungi

Numero offerte ammesse: N	22
Dimensione dell'ala: A = N x 10%	3
Totale Offerte accantonate: B	6
Numero delle offerte centrali: NC = N - B	16
Somma delle offerte centrali: SC	263,4502
Media delle offerte centrali: MC = SC / NC	16,4656
Numero offerte superiori alla media MC: NS	9
Somma degli scarti superiori alla media MC: SS	39,0737
Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS	4,3415

Art. 97, comma 2 (num. offerte =>15)

Somma della media e dello scarto medio: MC + MS	20,8072
Prime 2 cifre decimali di SC dopo la virgola: 1.a	4
2.a	5
Prodotto delle prime 2 cifre decimali: (1.a x 2.a)%	20%
Decremento: D = MS x (1.a x 2.a)%	0,8683
Soglia di Anomalia = MC + MS - D	19,9389

21	Offerente U (21)	
1	Ribasso offerto in %	19,3047



MIT, ANAC e TAR Bologna (senza decremento)

Art. 97, comma 2 (=> 15 offert) Lotto unico

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
4	Offerente D (4)	30,2126	esclusa -8	-	-
17	Offerente Q (17)	29,9163	esclusa -7	-	-
6	Offerente F (6)	27,7470	esclusa -6	-	-
9	Offerente I (9)	26,1609	esclusa -5	26,1609	9,6981
10	Offerente J (10)	22,4783	esclusa -4	22,4783	6,0155
8	Offerente H (8)	22,3001	esclusa -3	22,3001	5,8373
7	Offerente G (7)	22,2495	esclusa -2	22,2495	5,7867
22	Offerente V (22)	22,1109	esclusa -1	22,1109	5,6481
21	Offerente U (21)	19,3047	1	19,3047	2,8419
1	Offerente A (1)	18,1738	2	18,1738	1,7110
12	Offerente L (12)	17,3764	3	17,3764	0,9136
13	Offerente M (13)	17,0651	4	17,0651	0,6023
2	Offerente B (2)	13,6872	5	13,6872	-
20	Offerente T (20)	13,2173	6	13,2173	-
14	Offerente N (14)	12,6165	7	12,6165	-
15	Offerente O (15)	11,2977	8	11,2977	-
18	Offerente R (18)	9,9800	9	9,9800	-
11	Offerente K (11)	8,0148	10	8,0148	-
5	Offerente E (5)	7,3723	11	7,3723	-
16	Offerente P (16)	6,6852	12	-	-
19	Offerente S (19)	5,7054	13	-	-
3	Offerente C (3)	2,1454	14	-	-

+
Aggiungi

Numero offerte ammesse: N **22**

Dimensione dell'ala: A = N x 10% **3**

Totale Offerte accantonate: B **6**

Numero delle offerte centrali: NC = N - B **16**

Somma delle offerte centrali: SC **263,4055**

Media delle offerte centrali: MC = SC / NC **16,4628**

Numero offerte superiori alla media MC: NS **9**

Somma degli scarti superiori alla media MC: SS **39,0541**

Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS **4,3393**

Art. 97, comma 2 (num. offerte =>15)

Somma della media e dello scarto medio: MC + MS **20,8022**

Prime 2 cifre decimali di SC dopo la virgola: 1.a **4** 2.a **0**

Prodotto delle prime 2 cifre decimali: (1.a x 2.a)% **0%**

Decremento: D = MS x (1.a x 2.a)% **0,0000**

Soglia di Anomalia = MC + MS - D **20,8022**

21 Offerente U (21)

1 Ribasso offerto in % **19,3047**

Quesiti

*A tale conclusione pervenivano sia alcuni T.A.R. e, con la delibera n. 715 del 23 luglio 2019, anche ANAC. Inaspettatamente (o quasi, essendo ormai abituati a tutto), T.A.R. Ancona, 7 ottobre 2019, n. 622, sconfessa apertamente quanto detto sopra e ritiene che la lettera d) del comma 2-bis, incontestata l'interpretazione univoca delle lettere a), b) e c), vada applicata diversamente, ovvero che il **decremento** della somma tra le media delle offerte la media degli scarti non sia fatto mediante la sottrazione del numero risultante dal prodotto del predetto scarto medio moltiplicato per le prime due cifre decimali divise per cento, bensì mediante l'applicazione di una percentuale (in riduzione) costituita dal numero risultante dal prodotto dello scarto medio moltiplicato per le prime due cifre decimali divise per cento. Cioè, ferme le definizioni che precedono, con la formula:*

Soglia di anomalia = (M + S) x [1 - (c1 x c2)% x S%]

Calcolo secondo TAR Ancona

Art. 97, comma 2 (=> 15 offert Lotto unico

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
4	Offerente D (4)	30,2126	esclusa -8	-	-
17	Offerente Q (17)	29,9163	esclusa -7	-	-
6	Offerente F (6)	27,7470	esclusa -6	-	-
9	Offerente I (9)	26,1609	esclusa -5	26,1609	9,6981
10	Offerente J (10)	22,4830	esclusa -4	22,4783	6,0155
8	Offerente H (8)	22,3001	esclusa -3	22,3001	5,8373
7	Offerente G (7)	22,2495	esclusa -2	22,2495	5,7867
22	Offerente V (22)	22,1509	esclusa -1	22,1109	5,6481
21	Offerente U (21)	19,3047	1	19,3047	2,8419
1	Offerente A (1)	18,1738	2	18,1738	1,7110
12	Offerente L (12)	17,3764	3	17,3764	0,9136
13	Offerente M (13)	17,0651	4	17,0651	0,6023
2	Offerente B (2)	13,6872	5	13,6872	-
20	Offerente T (20)	13,2173	6	13,2173	-
14	Offerente N (14)	12,6165	7	12,6165	-
15	Offerente O (15)	11,2977	8	11,2977	-
18	Offerente R (18)	9,9800	9	9,9800	-
11	Offerente K (11)	8,0148	10	8,0148	-
5	Offerente E (5)	7,3723	11	7,3723	-
16	Offerente P (16)	6,6852	12	-	-
19	Offerente S (19)	5,7054	13	-	-
3	Offerente C (3)	2,1454	14	-	-



Numero offerte ammesse: N **22**

Dimensione dell'ala: A = N x 10% **3**

Totale Offerte accantonate: B **6**

Numero delle offerte centrali: NC = N - B **16**

Somma delle offerte centrali: SC **263,4502**

Media delle offerte centrali: MC = SC / NC **16,4656**

Numero offerte superiori alla media MC: NS **9**

Somma degli scarti superiori alla media MC: SS **39,0737**

Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS **4,3415**

Art. 97, comma 2 (num. offerte =>15)

Somma della media e dello scarto medio: MC + MS **20,8072**

Prime 2 cifre decimali di SC dopo la virgola: 1.a **4** 2.a **5**

Prodotto delle prime 2 cifre decimali: (1.a x 2.a)% **20%**

Decremento = (1.a x 2.a) x MS **0,8683%** D=(MC+MS) **0,1807**

Soglia di Anomalia = MC + MS - D 20,6265

21 Offerente U (21)

1 Ribasso offerto in % 19,3047

Quesiti

Pensavate che fosse finita? Ovviamente no!

*Sopravviene T.A.R. Bologna, 8 ottobre 2019, n. 765 che smentisce T.A.R. Ancona e avalla la decisione del RUP di applicare l'articolo 97, comma 2, lettera d), del Codice dei contratti «**come invece ha correttamente stabilito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti**» (letterale nel dispositivo della sentenza); dunque il decremento della prima soglia previsto dalla norma è fatto utilizzando il valore assoluto e non il valore percentuale, tornando alla formula:*

Soglia di anomalia = M + S x [1 - (c1 x c2)%]

Nel caso trattato il RUP ha rielaborato la graduatoria secondo tale formula, discostandosi dall'interpretazione della norma fornita dalla piattaforma telematica che aveva adottato in un primo tempo la diversa interpretazione contrastante con la comunicazione del MIT.

Quesiti

*Il comma 2-bis, ovvero il caso delle **offerte ammesse in numero inferiore a 15** (caso inevitabile nelle procedure negoziate con 10 inviti o nelle procedure negoziate con 15 inviti in caso di defezione di anche un solo operatore invitato, si pone diversamente e senza equivoci.*

Trovata la media aritmetica delle offerte (al netto del taglio delle ali) e calcolato lo scarto medio aritmetico, esattamente come per il comma 2, si dovrà verificare il rapporto tra i predetti scarto medio e media aritmetica; se tale rapporto:

- è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica incrementata del 20%, ovvero **soglia di anomalia = media x 1,20**;*
- è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è la somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, ovvero **soglia di anomalia = media + scarto medio**.*

Calcolo < 15 offerte con scarto medio/media offerte <= 0,15

Art. 97, comma 2-bis (< 15 offerte) Lotto unico

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
2	Offerente B (2)	30,2075	esclusa -1	-	-
7	Offerente G (7)	26,3250	1	26,3250	2,6864
1	Offerente A (1)	25,8412	2	25,8412	2,2026
5	Offerente E (5)	24,8532	3	24,8532	1,2146
9	Offerente I (9)	24,8236	4	24,8236	1,1850
3	Offerente C (3)	24,3285	5	24,3285	0,6899
6	Offerente F (6)	22,8986	6	22,8986	-
8	Offerente H (8)	21,5452	7	21,5452	-
4	Offerente D (4)	18,4933	8	18,4933	-
10	Offerente J (10)	2,8584	9	-	-



Aggiungi

Numero offerte ammesse: N **10**

Dimensione dell'ala: A = N x 10% **1**

Totale Offerte accantonate: B **2**

Numero delle offerte centrali: NC = N - B **8**

Somma delle offerte centrali: SC **189.1086**

Media delle offerte centrali: MC = SC / NC **23,6386**

Numero offerte superiori alla media MC: NS **5**

Somma degli scarti superiori alla media MC: SS **7,9786**

Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS **1,5957**

Art. 97, comma 2-bis (num. offerte <15)

Rapporto tra lo scarto medio aritmetico MS e la media delle offerte (MC): R = MS / MC **0,07**

il rapporto R è <= 0,15 oppure > 0,15 ? **< 0,15**

R<0,15: Soglia di Anomalia = MC + 20% **28,3663**

7 Offerente G (7)

1 Ribasso offerto in % **26,3250**

Calcolo < 15 offerte con scarto medio/media offerte > 0,15

Art. 97, comma 2-bis (< 15 offerte) Lotto unico

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
1	Offerente A (1)	25,4354	esclusa -3	-	-
2	Offerente B (2)	24,5715	esclusa -2	-	-
9	Offerente I (9)	24,2674	esclusa -1	24,2674	9,2379
4	Offerente D (4)	18,4059	1	18,4059	3,3764
10	Offerente J (10)	17,6113	2	17,6113	2,5818
6	Offerente F (6)	13,8420	3	13,8420	-
11	Offerente K (11)	12,5710	4	12,5710	-
8	Offerente H (8)	10,6102	5	10,6102	-
7	Offerente G (7)	7,8990	6	7,8990	-
5	Offerente E (5)	7,1604	7	-	-
3	Offerente C (3)	3,7971	8	-	-

4	Offerente D (4)	
1	Ribasso offerto in %	18,4059

+
 Aggiungi

Numero offerte ammesse: N **11**

Dimensione dell'ala: $A = N \times 10\%$ **2**

Totale Offerte accantonate: B **4**

Numero delle offerte centrali: $NC = N - B$ **7**

Somma delle offerte centrali: **SC** **105,2068**

+ Media delle offerte centrali: $MC = SC / NC$ **15,0295**

Numero offerte superiori alla media MC: **NS** **3**

Somma degli scarti superiori alla media MC: **SS** **15,1960**

+ Scarto medio aritmetico: $MS = SS / NS$ **5,0653**

Art. 97, comma 2-bis (num. offerte <15)

Rapporto tra lo scarto medio aritmetico MS e la media delle offerte (MC): $R = MS / MC$ **0,34**

il rapporto R» è $\leq 0,15$ oppure $> 0,15$? **> 0,15**

= $R > 0,15$: Soglia di Anomalia = $MC + MS$ **20,0949**

Quesiti

In ambedue i casi dell'art. 97, comma 2 e comma 2-bis, resta confermato e incontestato, sin dall'Adunanza Plenaria, 19 settembre 2017, n. 5 (sul punto non vi sono state né modifiche né orientamenti diversi), nel senso che nell'operare il taglio delle «ali» le offerte identiche collocate in una delle ali o al margine delle stesse ali, concorrono al computo del 10% per cento da accantonare come se fossero un'unica offerta.

Tornando sul comma 2, ci si augura che il MIT eserciti la facoltà prevista dall'art. 97, comma 3 e introduca un nuovo metodo (una nuova formula) più chiara e inequivocabile, altrimenti per avere certezze si dovrà aspettare qualche anno per un pronunciamento dell'Adunanza plenaria.

Calcolo con offerte uguali nelle «ali»

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
1	Offerente J (10)	28,0000	esclusa -11	-	-
2	Offerente G (7)	27,0000	esclusa -10	-	-
3	Offerente N (14)	27,0000	esclusa -9	-	-
4	Offerente P (16)	26,0000	esclusa -8	-	-
5	Offerente W (23)	25,0000	esclusa -7	25,0000	8,3529
6	Offerente A (1)	23,0000	esclusa -6	23,0000	6,3529
7	Offerente Y (25)	23,0000	esclusa -5	23,0000	6,3529
8	Offerente C (3)	21,0000	esclusa -4	21,0000	4,3529
9	Offerente D (4)	21,0000	esclusa -3	21,0000	4,3529
10	Offerente F (6)	21,0000	esclusa -2	21,0000	4,3529
11	Offerente L (12)	21,0000	esclusa -1	21,0000	4,3529
12	Offerente R (18)	18,0000	1	18,0000	1,3529
13	Offerente U (21)	18,0000	2	18,0000	1,3529
14	Offerente X (24)	18,0000	3	18,0000	1,3529
15	Offerente B (2)	13,0000	4	13,0000	-
16	Offerente S (19)	12,0000	5	12,0000	-
17	Offerente M (13)	11,0000	6	11,0000	-
18	Offerente Q (17)	11,0000	7	11,0000	-
19	Offerente V (22)	11,0000	8	11,0000	-
20	Offerente H (8)	9,0000	9	9,0000	-
21	Offerente Z (26)	7,0000	10	7,0000	-
22	Offerente K (11)	6,0000	11	-	-
23	Offerente E (5)	4,0000	12	-	-
24	Offerente T (20)	4,0000	13	-	-
25	Offerente I (9)	3,0000	14	-	-
26	Offerente O (15)	3,0000	15	-	-

Numero offerte ammesse: N	26
Dimensione dell'ala: A = N x 10%	3
Totale Offerte accantonate: B	9
Numero delle offerte centrali: NC = N - B	17
Somma delle offerte centrali: SC	283,0000
Media delle offerte centrali: MC = SC / NC	16,6471
Numero offerte superiori alla media MC: NS	10
Somma degli scarti superiori alla media MC: SS	42,5294
Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS	4,2529
Art. 97, comma 2 (num. offerte =>15)	
Somma della media e dello scarto medio: MC + MS	20,9000
Prime 2 cifre decimali di SC dopo la virgola: 1.a	2
2.a	8
Prodotto delle prime 2 cifre decimali: (1.a x 2.a)%	16%
Decremento: D = MS x (1.a x 2.a)%	0,6805
Soglia di Anomalia = MC + MS - D	20,2195
12 Offerente R (18)	
1 Ribasso offerto in %	18,0000

Offerte uguali di maggior ribasso: U1	1
Offerte uguali di minor ribasso: U2	2
Dimensione ala di maggior ribasso: A1 = A + U1	4
Dimensione ala di minor ribasso: A2 = A + U2	5
Totale Offerte accantonate: B = A1 + A2	9



Quesiti

2. Una cosiddetta "ALA" accantonata con il calcolo del 10% delle offerte di maggior e minor ribasso, può risultare poi aggiudicataria?

Considerando che l'esclusione di un'offerta, da qualunque causa determinata, è sempre un evento eccezionale, quindi non può ricorrere se non nei casi nei quali la legge lo prevede senza equivoci. Il termine «esclusione» utilizzato ai commi 2 e 2-bis dell'art. 97 (così come al comma 2 nella versione ante decreto-correttivo e al comma 1 dell'art. 86 del codice abrogato) deve essere inteso come «accantonamento» ovvero «esclusione provvisoria ai fini del calcolo della soglia di anomalia» e non come esclusione radicale e incondizionata.

In altri termini se l'offerta che si colloca nella «ala» è inferiore alla soglia di anomalia (al calcolo della quale non ha concorso in quanto accantonata) non può essere esclusa.

Quesiti

Sul punto ANAC sul punto si è espressa con due pareri risalenti e contraddittori: il primo per l'esclusione e il secondo per il mantenimento in graduatoria. Non constano precedenti giurisprudenziali. Si tratta peraltro di eventi non frequenti o impossibili nel caso di cui al comma 2 (con almeno di 15 offerte ammesse).

Possibili invece nel caso del comma 2-bis (con meno di 15 offerte ammesse), quando tutte o la parte prevalente delle offerte si concentra in un range di ribassi limitato. In tal caso può accadere non solo che la soglia di anomalia e la miglior offerta non anomala si collochino all'interno dell'ala accantonata, ma che addirittura la soglia di anomalia sia superiore a tutte le offerte, con l'effetto che non risultano offerte anomale e al maggior ribasso consegue l'aggiudicazione.

Miglior offerta collocata nelle «ali»

	totale A RIBASSO	Costi sicurezza non ribassabili	TOTALE in appalto
14 Importi a base di gara	1.000.000,00	10.000,00	1.010.000,00

Art. 97, comma 2-bis

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
1	Offerente A (1)	28,0000	esclusa -1	-	-
2	Offerente B (2)	27,2500	1	-	-
3	Offerente C (3)	26,5000	2	26,5000	3,3750
4	Offerente D (4)	25,7500	3	25,7500	2,6250
5	Offerente E (5)	25,0000	4	25,0000	1,8750
6	Offerente F (6)	24,2500	5	24,2500	1,1250
7	Offerente G (7)	23,5000	6	23,5000	0,3750
8	Offerente H (8)	22,7500	7	22,7500	-
9	Offerente I (9)	22,0000	8	22,0000	-
10	Offerente J (10)	21,2500	9	21,2500	-
11	Offerente K (11)	20,5000	10	20,5000	-
12	Offerente L (12)	19,7500	11	19,7500	-
13	Offerente M (13)	19,0000	12	-	-
14	Offerente N (14)	18,2500	13	-	-

Numero offerte ammesse: N	14
Dimensione dell'ala: A = N x 10%	2
Totale Offerte accantonate: B	4
Numero delle offerte centrali: NC = N - B	10
Somma delle offerte centrali: SC	231,2500
Media delle offerte centrali: MC = SC / NC	23,1250
Numero offerte superiori alla media MC: NS	5
Somma degli scarti superiori alla media MC: SS	9,3750
Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS	1,8750

Art. 97, comma 2-bis (num. offerte <15)

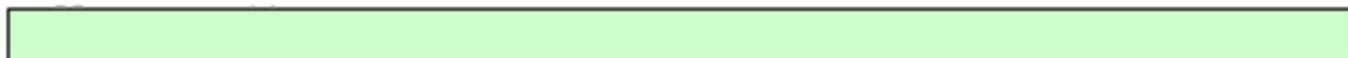
Rapporto tra lo scarto medio aritmetico MS e la media delle offerte (MC): «R» = MS / MC	0,08
---	------

il rapporto «R» è <= 0,15 oppure > 0,15 ?	< 0,15
---	--------

R<0,15: Soglia di Anomalia = MC +	27,7500
-----------------------------------	---------

2	Offerente B (2)	
1	Ribasso offerto in %	27,2500

Miglior offerta all'estremità dell'«ala»



	totale A RIBASSO	Costi sicurezza non ribassabili	TOTALE in appalto
14 Importi a base di gara	1.000.000,00	10.000,00	1.010.000,00

Art. 97, comma 2-bis

n.	Offerente	Ribasso %	Graduatoria	Centrali	Scarti
1	Offerente A (1)	28,0000	1	-	-
2	Offerente B (2)	27,5000	2	-	-
3	Offerente C (3)	27,0000	3	27,0000	2,2500
4	Offerente D (4)	26,5000	4	26,5000	1,7500
5	Offerente E (5)	26,0000	5	26,0000	1,2500
6	Offerente F (6)	25,5000	6	25,5000	0,7500
7	Offerente G (7)	25,0000	7	25,0000	0,2500
8	Offerente H (8)	24,5000	8	24,5000	-
9	Offerente I (9)	24,0000	9	24,0000	-
10	Offerente J (10)	23,5000	10	23,5000	-
11	Offerente K (11)	23,0000	11	23,0000	-
12	Offerente L (12)	22,5000	12	22,5000	-
14	Offerente N (14)	12,0000	13	-	-
13	Offerente M (13)	5,0000	14	-	-

Numero offerte ammesse: N	14
Dimensione dell'ala: A = N x 10%	2
Totale Offerte accantonate: B	4
Numero delle offerte centrali: NC = N - B	10
Somma delle offerte centrali: SC	247,5000
Media delle offerte centrali: MC = SC / NC	24,7500
Numero offerte superiori alla media MC: NS	5
Somma degli scarti superiori alla media MC: SS	6,2500
Scarto medio aritmetico: MS = SS / NS	1,2500
Art. 97, comma 2-bis (num. offerte <15)	
Rapporto tra lo scarto medio aritmetico MS e la media delle offerte (MC): «R» = MS / MC	0,05
il rapporto «R» è <= 0,15 oppure > 0,15 ?	< 0,15
R<0,15: Soglia di Anomalia = MC +	29,7000
1 Offerente A (1)	
1 Ribasso offerto in %	28,0000

Quesiti

3. Da quando si può applicare l'esclusione automatica dell'offerta anomala? Questo principio può essere applicato anche su gare già svolte?

L'esclusione automatica si può applicare, ricorrendone le condizioni, sin dal 2006. Se si intende la nuova formulazione introdotta dal decreto sblocca-cantieri, essa si applica alle gare bandite a partire dal 19 aprile 2019. L'applicazione è obbligatoria ricorrendone le condizioni: importo inferiore alla soglia comunitaria, presenza di almeno 10 offerte ammesse e assenza di interesse transfrontaliero. Ovviamente non può essere applicato alle gare bandite in precedenza e tantomeno alle gare già svolte, dove andrà applicata o doveva essere applicata l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 97, comma 2, nel testo vigente prima del decreto sblocca-cantieri, in presenza di un'ulteriore condizione: che fosse prevista dagli atti di gara, in quanto al tempo l'esclusione automatica non era obbligatoria ma era una scelta della Stazione appaltante.

Quesiti

4. In quali casi è obbligatorio procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta? Sia in termini economici (importo di gara) sia in termini di numero di partecipanti alla gara?

Diamo per scontato che ci si riferisca alle gare con il criterio del minor prezzo.

La verifica delle offerte anomale (in contraddittorio mediante giustificazioni) è obbligatoria ogni volta che non sia ammessa l'esclusione automatica, quindi:

- in primo luogo quando l'importo è pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario,*
- in secondo luogo quando si è in presenza di meno di 10 offerte ammesse,*
- in terzo luogo quando l'appalto, seppure di importo inferiore alle soglie comunitarie appare di interesse transfrontaliero.*

Quesiti

5. Come valutare l'interesse transfrontaliero?

*Su quando ricorra l'interesse transfrontaliero si può rinviare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia della U.E. e al conforme punto 1.5 delle Linee guida n. 4 di ANAC; tuttavia non vi sono indicati parametri «numerici» ai quali fare riferimento. Una soluzione **pragmatica** potrebbe essere una clausola del seguente tenore «non si procede altresì all'esclusione automatica se una o più offerte ammesse siano state presentate da un Operatore economico stabilito in un paese dell'U.E. diverso dall'Italia, anche in R.T.I. al quale tale Operatore economico sia parte, la cui offerta sia pari o superiore alla soglia di anomalia».*

Ad ogni modo l'omissione della verifica non è così semplice in quanto, uscita dalla porta con l'esclusione automatica, potrebbe rientrare dalla finestra in applicazione dell'art. 95, comma 10, secondo periodo, del Codice dei contratti, argomento come si vedrà al punto seguente.

Quesiti

6. La verifica dei «costi della manodopera» contro la «verifica dei congruità dell'offerta»: il problema dell'art. 95, comma 10, secondo periodo, del Codice dei contratti

*Per prassi in caso di esclusione automatica non si procede alla verifica di congruità dell'offerta aggiudicataria **che per definizione non è anomala** in quanto inferiore alla soglia di anomalia. Infatti una delle ragioni che «spinge» per l'adozione del criterio del minor prezzo è proprio quella di evitare il defatigante sub-procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte anomale che, peraltro, è un incentivo alle contestazioni e ai ricorsi al giudice amministrativo. Si è data scarsa importanza al secondo periodo del comma 10 dell'articolo 95: «Le stazioni appaltanti, relativamente ai **costi della manodopera**, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lettera d)». La lettera della norma non distingue tra esclusioni automatiche e nemmeno tra i criteri dell'offerta.*

Quesiti

Impone solo la verifica della congruità dei costi della manodopera, si potrebbe dire «in ogni caso». Un'interpretazione sistematica degli articoli 95, comma 10 e 97, commi 5 e 8, dovrebbe condurre al seguente sillogismo:

- il comma 8 dell'art. 97 esclude l'applicabilità del comma 5 dello stesso art. 97.*
- il comma 10 dell'art. 95 impone la verifica del rispetto del costo della manodopera come previsto con richiamo espresso all'articolo 97, comma 5, lettera d) (che parla peraltro di costo del personale e di minimi salariali);*
- in caso di esclusione automatica alla non applicazione del comma 5 dell'art. 97 (ammessa dal comma 8) consegue la non applicazione del comma 10, secondo periodo, dell'art. 95.*

In altri termini parrebbe ragionevole considerare il comma 8 dell'art. 97 una norma speciale che deroga dal sistema di verifica delle offerte, limitandolo alle offerte anomale.

Quesiti

Diversamente opinando la presunzione di non anomalia attestata dal meccanismo di esclusione automatica non serve a nulla se anche l'offerta migliore non anomala, potenziale aggiudicataria, viene comunque assoggettata obbligatoriamente a verifica prima dell'aggiudicazione.

Purtroppo, sempre della serie «non si può mai stare tranquilli», sia T.A.R. Napoli, 15 aprile 2019, n. 2136 e T.A.R. Roma, 32 settembre 2019, n. 10673 nonché in parte, T.A.R. Firenze, 1 febbraio 2019, n. 165 concludono diversamente:

*nel senso che il comma 10, secondo periodo, dell'art. 97 **opera indipendentemente** dall'anomalia e quindi la verifica di congruità del costo della manodopera per il potenziale aggiudicatario va fatta sempre e comunque, indipendentemente dalle verifica di congruità delle offerte anomale come proceduralizzata dall'articolo 97, commi da 4 a 7.*

Quesiti

*Si parla di «potenziale» aggiudicatario in quanto la verifica è fatta **prima** dell'aggiudicazione e quindi al momento la migliore offerta non è ancora proclamata «aggiudicataria».*

Ovviamente in caso di verifica dell'offerta anomala la verifica del costo della manodopera ne rimane di fatto assorbita.

In assenza di verifica dell'offerta anomala la verifica del costo della manodopera potrebbe essere fatta d'ufficio (se in possesso di elementi sufficienti), con procedimento autonomo e anche senza contraddittorio, purché con conclusione motivata in un senso (congruità) o nell'altro (esclusione). E qui sorge un problema insormontabile: come sia possibile verificare la congruità del costo della manodopera (dichiarato al comma 10 dell'art. 95) senza verificare integralmente l'offerta in tutte le sue componenti che ricordiamo, non è anomala. Verificare la sola manodopera si risolve in un mero esercizio di stile se non una finzione giuridica.

Quesiti

*E' troppo facile giustificare un costo della manodopera congruo comprimendo gli altri costi (materiali, noli, trasporti ecc.) anche arbitrariamente nella misura necessaria a raggiungere il risultato voluto, nella certezza che questi non sono soggetti a verifica. Oppure comprimere i tempi di impiego della manodopera salvaguardando i minimi tabellari, anche se ciò rende insostenibile l'offerta, tanto la verifica si limita al costo della manodopera "tabellare" e non al montante del costo (l'analisi dettagliata dei tempi di esecuzione comporterebbe ancora una volta la verifica integrale dell'offerta). Necessariamente e per forza di cose per verificare **seriamente** la congruità del costo della manodopera non è possibile sottrarsi alla verifica integrale dell'offerta. Ma così facendo la verifica non può essere senza contraddittorio ma deve necessariamente svolgersi con le garanzie procedurali dell'art. 97, commi da 4 a 7, le relative lungaggini e i relativi contenziosi rendendo poco o per nulla appetibile il criterio del minor prezzo con l'esclusione automatica.*

Quesiti

7. Può fare qualche esempio su casi operativi in cui è necessario fare una segnalazione al casellario ANAC nell'ambito della verifica dell'offerta anomala?

Col comunicato del Presidente di ANAC del 10 luglio 2019 è confermato l'obbligo di segnalazione delle esclusioni, ma non è più disposta l'annotazione nel casellario informatico.

Comunque tale obbligo riguarda solo le esclusioni per esclusioni di cui all'articolo 80 e quelle elencate all'art. 8 del Regolamento per la gestione del Casellario informatico (delibera ANAC 6 giugno 2018) e non si estende alle esclusioni per rigetto delle giustificazioni per la non congruità dell'offerta, a meno che sottostante all'esclusione vi siano false rappresentazioni che rientrano nelle fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5.

La giurisprudenza è molto rigorosa in senso garantista circa le annotazioni nel casellario che, ove scarsamente motivate o eccedenti il perimetro suddetto, sono sistematicamente annullate.

Quesiti

8. In un affidamento di concessione (o in una delle forme di PPP, quale la finanza di progetto) con oggetto e una concessione di costruzione e gestione, previa investimento integrale o prevalente del privato, come si deve attuare il calcolo dell'anomalia? Per la parte relativa ai lavori o al costo complessivo derivante dai lavori e dalla concessione?

Nelle concessioni (anche se affidate mediante finanza di progetto) non trova applicazione il calcolo della soglia di anomalia, né quello di cui all'articolo 97, commi 2 e 2-bis (criterio del minor prezzo, per ovvii motivi) né quello di cui all'articolo 97, comma 3 (essendo problematico distinguere i punti relativi al "prezzo" nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Quesiti

Infatti il concetto di “prezzo” nelle concessioni può assumere le forme più varie (contributo passivo, contributo attivo, tariffe praticate, canoni) o, se inteso come erogazione di un importo da parte della pubblica amministrazione, potrebbe anche non esserci (in quanto il flusso di cassa potrebbe essere sufficiente a ripagare l’investimento); inoltre alcuni elementi di valutazione (tipicamente T.I.R., V.A.N., capitale impiegato, rapporto di indebitamento equity/senior debt) pur non essendo dei veri e propri “prezzi” sono elementi economici significativi.

Pertanto nel caso delle concessioni non vi è alcun calcolo dell’anomalia, bensì una valutazione di congruità incardinata sulla credibilità e sostenibilità del piano economico-finanziario e delle condizioni previste dalla convenzione (schema di contratti di concessione) come implementati con l’offerta.

Quesiti

*In tal senso depono l'art. 164, comma 2, che recita «Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione ... si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute **nelle parti I e II**, del presente codice, **relativamente ai principi generali**, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle comunicazioni, ai termini di ricezione delle domande e delle offerte, alle modalità di esecuzione» e indubbiamente la soglia di anomalia e il relativo calcolo (art. 97, commi 2, 2-bis e 3) non sono principi generali, mentre è principio generale, in quanto compatibile, il comma 1 dello stesso articolo, che recita «Gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta».*

Quesiti

In altri termini la valutazione di congruità è nel medesimo tempo più complessa (in quanto riguarda elementi molto diversificati tra loro) e più semplice in quanto parte dalle condizioni degli indici di bancabilità e sostenibilità risultanti dal PEF.

Tale conclusione, che appare ragionevolmente inevitabile, è stata fatta propria sin dall'introduzione delle concessioni (Consiglio di Stato, sez. V, 17 novembre 2006, n. 6727, poi stessa sezione, 10 febbraio, 2010, n. 653 e 24 marzo 2011, n. 1784; più recentemente TAR Firenze 12 giugno 2017, n. 816).

La verifica del costo della manodopera sarà fatta nell'ambito della verifica generale della congruità tecnico-economica dell'intervento e non solo sull'offerta intesa in senso stretto come negli appalti.

Quesiti

9. Anomalia dell'offerta nella Regione Sicilia, come calcolarla?

Va detto subito che il fatto che la norma regionale sia stata impugnata dal Consiglio dei ministri davanti alla Corte costituzionale, essa è vigente e da applicare (avendo la stessa dignità, si fa per dire, della norma statale, ed essendo successiva a quest'ultima), almeno finché la Corte non ne dichiara l'illegittimità costituzionale o, in via eccezionale ma improbabile, ne sospenda l'efficacia (artt. 35 e 40, legge n. 87 del 1953).

Tuttavia l'applicazione della norma regionale non è possibile all'infuori dello stretto perimetro individuato dall'art. 4, per cui tutte le altre fattispecie (procedure negoziate, appalti integrati, appalti di servizi e appalti di forniture o appalti misti) restano disciplinati dagli articoli 36, comma 9-bis e 97, commi 2, 2-bis, 3-bis e 8 del Codice dei contratti.

Quesiti

Nel merito si tratta di un capolavoro del caos, come se ce ne fosse bisogno.

Il 30 settembre scorso è entrato in vigore l'art. 4 della legge reg. siciliana n. 13 del 2019, che non solo introduce metodo di calcolo della soglia di anomalia che si discosta dalla norma statale, ma anche casi nei quali si applica il criterio del minor prezzo e l'esclusione automatica diversi da quelli previsti dalla normativa statale.

*Va premesso che il comma 1, al primo periodo, impone l'applicazione del criterio del minor prezzo per tutti gli appalti di lavori basati **con procedure ordinarie** sul progetto esecutivo di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, in difformità dall'art. 36, comma 9-bis, del Codice, che sotto la soglia comunitaria ammette in via generale la facoltà di scelta tra il criterio del minor prezzo e il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.*

Quesiti

Nulla si dice per appalti di servizi e forniture e per le procedure negoziate che pertanto, così come gli appalti integrati (progettazione ed esecuzione), non essendo coinvolti dalla nuova disciplina regionale, restano soggetti alla norma statale con libera scelta del criterio di offerta. Inoltre il metodo «siciliano» si applica a prescindere dal numero delle offerte ammesse, senza i limiti di 5 (calcolo della soglia), di 10 (esclusione automatica) e di 15 (sdoppiamento del metodo di calcolo) previsti dalla norma statale.

Al comma 1, dal secondo periodo in poi, impone un diverso calcolo della soglia di anomalia:

1) Si calcola la media aritmetica delle offerte, al netto delle offerte pari al 10%, arrotondato all'unità superiore, di quelle di maggior ribasso e quelle di minor ribasso, considerando singolarmente le offerte uguali «a cavallo delle ali» senza citare le offerte uguali all'interno delle ali; discostandosi dalla norma statale dove le offerte uguali sono trattate unitariamente nel calcolo del 10% (quindi sia interne alle ali che «a cavallo» delle stesse);

Quesiti

- 2) *Se la seconda cifra dopo la virgola della somma delle offerte (al netto delle ali accantonate):*
- è **dispari** tale media è **incrementata** di una percentuale pari alla prima cifra dopo la virgola della somma delle offerte (sempre al netto delle offerte accantonate nelle ali);
 - è **pari** tale media è **decrementata** di una percentuale pari alla prima cifra dopo la virgola della somma delle offerte (sempre al netto delle offerte accantonate nelle ali)
 - è **dispari o pari** e la prima cifra dopo la virgole è **zero** la media resta **invariata**.

La soglia di anomalia è pari alla media di cui al precedente punto 1), incrementata, decrementata o invariata a seconda delle condizioni di cui al punto 2).

*Al comma 2, **in caso di esclusione automatica**, la gara è aggiudicata all'offerta che eguaglia o che più si avvicina, per difetto, alla soglia di anomalia, in contrasto con l'art. 97, commi 2 e 2-bis, del Codice, che impongono l'esclusione per l'offerta che eguaglia la soglia di anomalia.*

Quesiti

Sono introdotti per legge sia un limite di tre decimali alle offerte (non è dato sapere se con troncamento o con arrotondamento in caso di più di tre decimali) e un limite di quattro decimali (con troncamento) delle medie, laddove il Codice nulla dispone sul punto lasciandolo all'autonomia della disciplina di gara prevista dalla stazione appaltante.

Nel caso in cui la soglia di anomalia (media decrementata) sia inferiore all'offerta di minor ribasso (ovvero la meno economica) la gara è aggiudicata a quest'ultima anche se tutte le offerte sarebbero formalmente e potenzialmente anomale.

Non è disciplinato il caso in cui la soglia di anomalia (media incrementata) sia superiore all'offerta di maggior ribasso (ovvero la più economica) dove formalmente non risultano offerte anomale. Si suppone che in tal caso l'offerta vada aggiudicata a tale maggior ribasso.

Quesiti

Il sorteggio seleziona l'offerta aggiudicataria in caso di due offerte uguali di valore pari o immediatamente inferiore alla soglia di anomalia.

Il comma 2, quinto periodo, impone il calcolo della soglia con il metodo del comma 1, ma solo se la stazione appaltante ricorre all'esclusione automatica. Ne consegue da una parte che l'esclusione automatica non è obbligatoria, diversamente dall'art. 97, comma 8, del Codice e che se la Stazione appaltante non ricorre all'esclusione automatica non ha l'obbligo di ricorrere al metodo di aggiudicazione di cui all'art. 4, contraddicendo l'obbligo imposto dal comma 1 e reintroducendo indirettamente la possibilità di scelta tra il criterio del minor prezzo e il miglior rapporto qualità/prezzo, a meno che il legislatore regionale, con le parole «il metodo di aggiudicazione di cui al presente articolo» intendesse impropriamente solo «il metodo di calcolo della soglia di anomalia di cui al presente articolo».

Quesiti

Quanto al merito del quesito, la circostanza che la norma regionale sia stata impugnata dal Consiglio dei ministri davanti alla Corte costituzionale, essa è vigente e applicabile (avendo la stessa dignità, si fa per dire, della norma statale, ed essendo successiva a quest'ultima), almeno finché la Corte non ne dichiari l'illegittimità costituzionale o, in via eccezionale ma improbabile, ne sospenda l'efficacia (artt. 35 e 40, legge n. 87 del 1953).

Come già detto l'applicazione della norma regionale non è comunque possibile all'infuori dello stretto perimetro individuato dall'art. 4, per cui tutte le altre fattispecie (procedure negoziate, procedure ordinarie per appalti integrati, appalti di servizi e forniture) restano disciplinati dagli articoli 36, comma 9-bis e 97, commi 2, 2-bis, 3-bis e 8 del Codice dei contratti.

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**