

APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

Criteria di aggiudicazione e anomalia dell'offerta

Bologna, 17 ottobre 2018

***Materiali di lavoro in bozza
forniti dall'Avv. Piergiorgio Novaro***

Seminario
“Appalti pubblici, crisi di impresa e disciplina antimafia”

Criteria di aggiudicazione e anomalia dell’offerta

Bologna, 17 ottobre 2018



Avv. Dott. Ric. Piergiorgio Novaro

Argomenti dell'incontro

- I criteri di aggiudicazione
- I criteri di calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- La verifica del costo della manodopera dopo il Decreto correttivo
- L'anomalia: fra esclusione automatica e procedimento di verifica in contraddittorio con l'operatore economico; l'obbligo di indicare i costi aziendali della sicurezza; i problemi aperti
- Il principio della consolidazione della graduatoria



Sezione I

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE



Avv. Dott. Ric. Piergiorgio Novaro

Criteri di aggiudicazione

- L'OEPV 
 - Qualità/prezzo
 - Costo/efficacia
 - Costo fisso
- Il minor prezzo



Punti principali della sezione

- Inquadramento generale
- L'OEPRV e l'obbligo di motivazione per le ipotesi derogatorie
- La valutazione di elementi soggettivi
- Le varianti in sede di offerta
- Il divieto di cui al nuovo comma 14 bis
- I lavori complementari
- Il tetto al peso dell'offerta economica
- Il minor prezzo



Principali interventi del decreto correttivo

- la revisione delle ipotesi generali in cui è obbligatorio il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95 co. 3)
- la revisione delle ipotesi in cui le p.a. hanno la facoltà di avvalersi del criterio del minor prezzo (art. 95 co. 4)
- la più analitica previsione in ordine all'indicazione, in sede di offerta economica, dei costi per la manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 95 co. 10)
- l'espresso richiamo alla nuova previsione legislativa che fissa un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (art. 95 co. 10 bis)
- l'espresso richiamo alla previsione secondo cui, nel caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo posto a base d'asta (art. 95 co. 14 bis)



Il Parere Cons. Stato 2016

Le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa ... vanno qualificate ... come **linee guida non vincolanti**.

Si tratta, a ben vedere, di **istruzioni operative** indirizzate alle stazioni appaltanti e finalizzate, perlopiù, ad offrire alle amministrazioni aggiudicatrici formule e metodi, di natura tecnico-matematica, sulla valutazione delle offerte e sull'assegnazione alle stesse di un punteggio numerico.

L'ANAC ha preferito, al riguardo, **un'impostazione minimale**, astenendosi dall'indirizzare alle stazioni appaltanti raccomandazioni operative puntuali e limitandosi a chiarire alcuni aspetti applicativi dell'art. 95 del Codice.



L'OEPV

La scelta del criterio di aggiudicazione, la definizione dei criteri di valutazione, dei metodi e delle formule per l'attribuzione dei punteggi, la determinazione dei punteggi stessi e del metodo per la formazione della graduatoria finale **si sviluppano nel corso della vita iniziale dell'appalto, dalla programmazione alla predisposizione della documentazione di gara.**

Si raccomanda, pertanto:

- a) in fase di programmazione, di definire le caratteristiche dell'affidamento che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni per le quali il Codice e le presenti linee guida prescrivono o consentono l'utilizzo di un particolare criterio di aggiudicazione;
- b) in fase di progettazione, di avviare la definizione dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi;
- c) in sede di adozione della determina a contrarre e di elaborazione della documentazione di gara, di procedere alla compiuta definizione degli ulteriori elementi.

LG2



Obbligo di motivazione per il minor prezzo

Poiché si tratta di una deroga al principio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 5, devono dare **adeguata motivazione** della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta (si pensi all'utilizzo di criteri di efficacia nel caso di approccio costo/efficacia anche con riferimento al costo del ciclo di vita). Nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare **sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore**, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato.

LG2



Obbligo di OEPV

- Devono sempre essere aggiudicati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi della norma generale di cui all'art. 95, comma 3, i contratti relativi a:

...

• b) i servizi di ingegneria e architettura nonché gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro.



Obbligo di OEPV/2

Ipotesi speciali

- dialogo competitivo (art. 64, comma 1);
- partenariato per l'innovazione (art. 65, comma 4);
- finanza di progetto, ai sensi dell'art. 183, comma 4;
- locazione finanziaria, ai sensi dell'art. 187, comma 2;
- contratto di disponibilità, ai sensi dell'art. 188, comma 3;
- affidamento a contraente generale, ai sensi dell'art. 195, comma 4;



Separazione requisiti soggettivi/criteri di valutazione

Con l'elenco di cui all'art. 95, viene **definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione** che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte **possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli**; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che **incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione**. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, **solo la parte eccedente la soglia richiesta** per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali

e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;

LG2

Separazione requisiti soggettivi/criteri di valutazione/2

Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente. Tuttavia si può attribuire un punteggio maggiore in relazione alla specificità dei servizi come avviene per quelli relativi all'ingegneria e all'architettura in ordine ai quali è alta l'interrelazione tra la capacità dell'offerente e la qualità dell'offerta.

LG2



Il rating di legalità

Art. 95 comma 13

Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i **criteri premiali** che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior **rating di legalità e di impresa** dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione. Indicano altresì il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente ivi inclusi i beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero



Il rating di legalità/2

Il **rating di legalità** può essere richiesto dalle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da **almeno due anni** e con un fatturato minimo pari ad **almeno due milioni di euro**. A meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il rating, è opportuno che, per il suo utilizzo, **vengano introdotte compensazioni** per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, consentendo a tali imprese di comprovare altrimenti la sussistenza delle condizioni o l'impiego delle misure previste per l'attribuzione del rating. In particolare, per i soggetti che non possono accedere al rating di legalità, la stazione appaltante potrebbe indicare gli elementi presenti nel rating di legalità ... diversi da quelli già considerati ai fini della qualificazione, per i quali prevedere un punteggio premiante e considerare verificata la presenza di tali elementi per le imprese che posseggono il rating con un numero di "stellette" ritenuto idoneo.

Il rating di legalità/3

AGCM del. 14 novembre 2012

modalità per attribuzione rating di legalità

es.

- assenza di sentenze penali o misure sanzionatorie dei soggetti che compongono gli organi di vertice
- rispetto della disciplina sulla tracciabilità



Il rating di legalità/4

Rilascio del rating

Istanza di parte



entro 60gg



valenza 2 anni



pubblicato su sito AGCM



Le varianti migliorative

14. Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

- a) le stazioni appaltanti possono **autorizzare o esigere la presentazione di varianti** da parte degli offerenti. Esse **indicano nel bando di gara** ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indicazione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti sono comunque **collegate all'oggetto dell'appalto**;
- b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano **nei documenti di gara i requisiti minimi** che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche **che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti** che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti;
- c) solo le varianti che **rispondono ai requisiti minimi** prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione;
- d) nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.



Le varianti migliorative/2

Tali varianti devono essere comunque collegate all'oggetto dell'appalto, avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo. I **criteri di valutazione di tali varianti** devono tener conto delle risultanze delle **varie fasi di progettazione** ed essere finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio.

LG2



Le varianti nella direttiva 2014/24/UE

Art. 45 Varianti

1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono **autorizzare o esigere** la presentazione da parte degli offerenti di varianti. Esse indicano nel bando di gara o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti o meno. **In mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate** e sono collegate all'oggetto dell'appalto.
2. Le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti **menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi** che le varianti devono rispettare, nonché le **modalità specifiche** per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti.
3. **Solo le varianti** che rispondono ai **requisiti minimi** prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono **prese in considerazione**. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.



Le varianti nel vecchio codice

Art. 76

Varianti progettuali in sede di offerta

1. Quando il criterio di aggiudicazione è quello **dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, le stazioni appaltanti possono **autorizzare** gli offerenti a presentare varianti.
2. Le stazioni appaltanti **precisano nel bando di gara** se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate.
3. Le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione.
4. Esse prendono in considerazione soltanto **le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti**.
5. Nelle procedure di affidamento di contratti relativi a servizi o forniture, le stazioni appaltanti che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.



Criteri guida elaborati dalla giurisprudenza

- a) le varianti possono riguardare le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una **diversa ideazione dell'oggetto del contratto**, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante;
- b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia **migliorativa** rispetto al progetto base;
- c) l'offerente deve dare contezza delle **ragioni che giustificano l'adattamento proposto** e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;
- d) l'offerente deve fornire la **prova che la variante garantisce l'efficienza del progetto** e le esigenze della stazione appaltante sottese alla prescrizione variata;
- e) la **lex specialis** deve dettagliare i **criteri motivazionali** in base ai quali vanno espresse le valutazioni dei vari aspetti che caratterizzano le varianti ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.



Le varianti migliorative al progetto

Cons. Stato, sez. V, 27/03/2015, n. 1601

Nelle gare pubbliche **varianti migliorative** riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse **purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto**, che si pone come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla PA; è inoltre essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che **l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto** e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si **dia la prova** che la variante garantisca **l'efficienza del progetto** e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata; che sia riconosciuto un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.



Le soluzioni migliorative al progetto

Cons. Stato, sez. V, 09/09/2014, n. 4578

In materia di gare pubbliche da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, le **soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti**: infatti **le prime** possono **liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti** a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, **salva l'immodificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite** dall'Amministrazione, mentre **le seconde** si sostanziano **in modifiche del progetto** dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, **per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante**, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica amministrazione.



Il comma 14 bis

In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta



Il comma 14 bis/2

Ai sensi del comma 14-bis, in caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta. **La norma impedisce alla stazione appaltante di stimolare un confronto competitivo su varianti di tipo meramente quantitativo** nel senso dell'offerta di opere aggiuntive, che potrebbero rivelarsi lesive del principio di economicità di esecuzione ovvero di qualità della prestazione principale. Il legislatore ha imposto di non tenere conto di elementi meramente quantitativi nell'ambito di offerte che debbono prestare attenzione alla qualità, visto che la quantità sconta le valutazioni dell'offerente (sulla base di quanto è stato già definito dalla stazione appaltante nel progetto e nel capitolato tecnico) nella parte riservata al prezzo.

LG2



Il comma 14 bis/3

La **ratio** di fondo che ha ispirato in parte qua la novella legislativa è piuttosto evidente: si è inteso evitare che, a fronte di procedure indette sulla base del progetto esecutivo (come di regola avviene ai sensi dell'articolo 59 del 'Codice'), l'aggiudicazione possa essere disposta – come per il passato è spesso avvenuto – **premiando elementi di carattere avulso rispetto al proprium della procedura** (e, in particolare, l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva). Tale previsione primaria, tuttavia, determina **l'effetto di rendere ben difficile per le stazioni appaltanti la concreta individuazione degli elementi qualitativi dell'offerta** nell'ambito di un criterio (quello dell'OEPV) che, pure, dovrebbe garantirla in massimo grado. Ed infatti, l'esistenza di un duplice vincolo (quello derivante dalla sostanziale immutabilità della progettazione e quello – nuovo – derivante dalla non valutabilità di opere aggiuntive) rende quanto mai difficoltosa l'enucleazione di criteri idonei a valutare gli aspetti qualitativi dell'offerta.

Cons. Stato Parere 2018



I lavori complementari

Art. 63 comma 5

La presente procedura può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1. Il **progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati**. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata **sin dall'avvio del confronto competitivo** nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del **valore globale dell'appalto**, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1 Il ricorso a questa procedura è limitato **al triennio successivo** alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.



Il nuovo limite

Art. 95 comma 10bis

10bis. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. **A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.**

ANAC: L'art. 95, comma 10-bis, introdotto dal decreto correttivo al Codice, di cui al D.lgs. 17 aprile 2017, n. 56, ha prescritto che la stazione appaltante stabilisca un tetto massimo attribuibile al punteggio economico, entro il limite del 30 per cento. Per espressa previsione della norma, tale misura è finalizzata ad assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo **e a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta in modo tale da dare spazio a criteri che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.**



Il criteri motivazionali per gli elementi qualitativi dell'offerta

è assolutamente necessario che vengano indicati - **già nel bando** o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento - i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte. Tali criteri devono essere almeno **non discriminatori** (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore), conosciuti da tutti i concorrenti e **basati su elementi accessibili alle imprese**. Il capitolato e il progetto, per quanto possibile, devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione...

Come indicato al comma 8 dell'art. 95 del Codice, può essere opportuno, specie qualora il criterio sia caratterizzato da più aspetti da valutare separatamente l'uno dall'altro, che lo stesso sia diviso in più sub criteri, ciascuno con il proprio sub punteggio.

LG2



La valutazione dei criteri tecnici

due gruppi di sistemi alternativi:

- a) l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara;
- b) il confronto a coppie tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara



Il minor prezzo

Versione originale

4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;
[...]

Schema correttivo

4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, **quando l'affidamento dei lavori avviene sulla base del progetto esecutivo;**
[...]
c bis) quando ricorrano i presupposti dell'urgenza di cui all'articolo 63, comma 2, lettera c) e all'articolo 125, comma 1, lettera d).

Versione attuale

4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

- a) **fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d),** per i lavori di importo pari o inferiore a **2.000.000 di euro**, quando l'affidamento dei lavori avviene **con procedure ordinarie**, sulla base del progetto esecutivo; **in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;**



Ipotesi

- a) per i **lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 €**, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'art. 97, commi 2 e 8;
- b) per i servizi e le forniture con **caratteristiche standardizzate** o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo **fino a 40.000 €**, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 € e **sino alla soglia** di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da **elevata ripetitività**, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.
- d) per appalti di lavori nel **settore dei beni culturali** di importo pari o inferiore a 500.000 € [art. 148, comma 6].



Linee guida 4

- Per servizi e forniture “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, **non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante** oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali.
- I servizi e le forniture “caratterizzati da elevata ripetitività” soddisfano **esigenze generiche e ricorrenti**, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.
- In sostanza, la norma citata consente alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all’importo del contratto)



Sezione II

LA VERIFICA DEL COSTO DELLA MANODOPERA DOPO IL DECRETO CORRETTIVO



Avv. Dott. Ric. Piergiorgio Novaro

Novità art. 95

10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare **i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali** concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro **ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)**. Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).

→ [il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle del MINLAV]



Art. 23 comma 16

Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, **in apposite tabelle**, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4. **Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso**



Il quadro di incidenza della manodopera

Art. 23 co. 3

Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo sono definiti i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali. Con il decreto di cui al primo periodo è, altresì, determinato il contenuto minimo del quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 4

Art. 216 comma 4

Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 23, comma 3, continua ad applicarsi il reg. 207



Regolamento 207

Art. 39 comma 3

Il quadro di incidenza della manodopera è il documento sintetico che indica, con riferimento allo specifico contratto, il costo del lavoro di cui all'articolo 86, comma 3-bis, del codice. Il quadro definisce l'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro.



Cons. Stato, sez. V, n. 2540/2018

Se è vero che le **tabelle ministeriali** recanti il costo della manodopera espongono **dati non inderogabili**, si deve altresì convenire che le medesime assolvono ad una **funzione di parametro di riferimento** dal quale è possibile discostarsi, in sede di verifica, solo sulla scorta di una **dimostrazione puntuale e rigorosa** in ordine alle ragioni che giustificano lo scostamento.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale insegna che la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va 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, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607; 20/7/2016, n. 3271; 7/9/2007 n. 4694; Sez. IV, 29/10/2002, n. 5945).

Il principio vale, a maggior ragione, allorquando si pretenda che il raffronto avvenga non con altra specifica offerta presentata nella medesima gara, ma addirittura con dati statistici (nazionali o locali) relativi a gare del settore, dai quali non è possibile trarre alcun elemento atto a dimostrare la sostenibilità dell'offerta nello specifico caso considerato.



Cons. Stato, sez. V, n. 1465/2017

Con specifico riferimento alle giustificazioni relative alle voci di costo va, altresì, ribadito che un'offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa da una gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia **considerevole e palesemente ingiustificata**



Cons. Stato, sez. V, n. 1049/2016

Nelle gare pubbliche l'offerta non deve essere determinata al netto del costo del personale, come invece espressamente previsto per gli oneri di sicurezza e, quindi, **la stazione appaltante deve accertare la compatibilità della stessa anche con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera**, con la conseguenza che il ribasso offerto può essere giustificato, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, da una **organizzazione imprenditoriale più efficiente** e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, ma rispettando e **tutelando al contempo il costo della stessa.**



T.A.R. Toscana, sez. I, n. 757/2018

Lo scostamento tra offerta economica e giustificativi presentati da una società relativamente al **costo della manodopera**, costituisce un elemento che avrebbe potuto e dovuto essere vagliato e approfondito dal R.U.P. e dalla commissione di gara, investiti della verifica di anomalia. **L'omessa valutazione del suddetto scostamento** vizia di per sé la verifica di anomalia, e non può essere supplita dalle considerazioni svolte in giudizio dalle parti resistenti, non potendosi tollerare - avuto riguardo al contenuto tecnico-discrezionale dell'attività rimessa alla stazione appaltante - integrazioni postume della motivazione mancante nel provvedimento impugnato.



I costi aziendali della sicurezza

- Il costo della manodopera non coincide con gli costi della sicurezza
- Questi sono quantificati nel Piano di sicurezza e coordinamento (“**PSC**”) relativo allo **specifico cantiere** ai sensi dell’art. 100 del D. Lgs. 81/2008
- I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso(Art. 23 co. 16)



Ipotesi di esclusione?

Sulla mancata indicazione dei costi aziendali della sicurezza

Adunanza Plenaria: Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, **pena l'esclusione** dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara (3 e 9/2015)

Corte di Giustizia: “il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, **ostano all'esclusione** di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico **a seguito dell'inosservanza**, da parte di detto offerente, **dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro**, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice (C140/16)



Sezione III

L'ANOMALIA



Avv. Dott. Ric. Piergiorgio Novaro

Offerte anormalmente basse (art. 97)

1. 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.**



RUP e offerta anomala

Art. 97 Offerte anormalmente basse

1. 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.
2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, ***il RUP o la commissione giudicatrice*** procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi...



Linee guida 3

Nel **bando di gara** la stazione appaltante indica se:

- in caso di aggiudicazione con il **criterio del minor prezzo**, la verifica di congruità delle offerte è rimessa **direttamente al RUP** e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della **struttura di supporto** istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di **commissione nominata ad hoc**.
- in caso di aggiudicazione con il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal **RUP con l'eventuale supporto della commissione** nominata ex articolo 77 del Codice.



Ad. Plen. n. 32 del 2012

5.2 la soluzione interpretativa che qui si ritiene di preferire appare, da un lato, maggiormente coerente col ruolo del R.U.P. quale vero e proprio **“motore” della procedura selettiva**, e, per altro verso, non necessariamente in contraddizione con il tradizionale insegnamento che, con riferimento alle gare da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individua **in capo alla commissione una sorta di “monopolio” delle valutazioni tecniche**.

5.2.1. Innanzi tutto, non è fuori luogo rilevare che, a norma del comma 5 dell’art. 10 del Codice, lo stesso **R.U.P. deve necessariamente possedere competenze adeguate** in relazione ai compiti cui è deputato, fra i quali vi è indubbiamente anche il controllo dell’attività della commissione aggiudicatrice (e in determinati casi, come per i lavori e i servizi attinenti all’ingegneria e all’architettura, deve essere egli stesso un tecnico).

Inoltre, alla stregua dello stesso art. 10, è al R.U.P. che è affidata la gestione integrale della procedura di gara, svolgendo egli il fondamentale **ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale** dell’Amministrazione committente; pertanto, nelle gare da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non v’è dubbio che spetti al R.U.P. in ogni caso il **ruolo di “filtro”** tra le valutazioni tecniche della commissione di cui all’art. 84 del Codice e le scelte della stazione appaltante.



Ad. Plen. n. 32 del 2012

5.2.2. Per converso, la **commissione aggiudicatrice è come noto un organo straordinario**, cui ai sensi dell'art. 84 sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto.

Non è però contestabile che la **discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica**, laddove di regola l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico, con ovvio ridimensionamento dell'apporto ritraibile dalle competenze di cui è in possesso la commissione.

5.3. Ciò che più rileva in questa sede, allorché si apre la fase di **verifica delle offerte anormalmente basse**, la commissione aggiudicatrice ha ormai **esaurito il proprio compito**, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte; una possibile riconvocazione della commissione, di regola, è ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute emergano errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni (oltre che nell'ipotesi di regressione della procedura a seguito di annullamento giurisdizionale, come previsto dal comma 12 dell'art. 84).

Pertanto, **è del tutto fisiologico** che sia il **R.U.P.**, che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia.

Criterio del prezzo più basso

2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di **non rendere predeterminabili** dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, **il RUP o la commissione giudicatrice** procedono al **sorteggio**, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi...

- Si tratta di una serie di metodi aritmetici elencati alle lettere da a) a d)
- Nuovo comma 3 bis: il calcolo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque
- Comma 8: facoltà per le p.a. di prevedere l'esclusione automatica



Linee guida 4

nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo occorre altresì specificare *[nell'invito]*, per l'ipotesi in cui sia sorteggiato uno dei metodi di cui alle lettere a), b) ed e) dell'articolo 97, comma 2 del Codice dei contratti pubblici:

- a) che il così detto **taglio delle ali**, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti. Successivamente il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media si effettua esclusivamente prendendo in considerazione i ribassi delle offerte che sono residue dopo il suddetto taglio delle ali;
- b) che, in caso di sorteggio del metodo di cui alla all'articolo 97, comma 2, lettera b), del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il così detto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi;
- c) che le **offerte con identico ribasso** percentuale avranno, ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e saranno pertanto considerate come un'offerta unica;
- d) a prescindere dal metodo sorteggiato, **il numero di decimali** per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia;



Il c.d. taglio delle ali

Sebbene quanto viene indicato nel su riprodotto testo alla lettera a) sostanzialmente coincida con la formulazione dell'abrogato art. 121, comma 3, d.P.R. 207/2010, l'indicazione *de qua* necessita di una più chiara formulazione, che potrebbe così risultare: “Il così detto *taglio delle ali*, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti. Successivamente il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media si effettua esclusivamente prendendo in considerazione i ribassi delle offerte che sono residue dopo il suddetto taglio delle ali.”

Cons. Stato parere 2018



Le offerte di identico ammontare

Produce invece perplessità di sostanza quanto è indicato dall'Autorità, nel medesimo testo, alla lettera b), atteso che la indicazione che proviene dal testo pare non allineata al recente arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (19 settembre 2017 n. 5), che, seppur intervenendo interpretativamente in merito all'applicazione degli ormai abrogati art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 ed art. 121, comma 1, d.P.R. 207/2010, ha affermato il principio per cui "le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali, sia nel caso in cui si collochino all'interno di esse".

Cons. Stato, parere 2018



Le offerte di identico ammontare/2

Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2017

L'art. 86, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come "unica offerta" tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano "al margine delle ali", sia se si collocano "all'interno" di esse.



Le offerte di identico ammontare/3

Eppure l'Ad.plen. n. 5 del 2017...

Va premesso al riguardo che non si ritiene di desumere alcun argomento (a favore o contro la tesi in parola) dalle previsioni di cui al nuovo 'Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), il quale – come è noto – detta una disciplina in tema di determinazione delle soglie di anomalia diversa rispetto a quella del previgente 'Codice' e non reca una disposizione analoga a quella del comma 1 dell'articolo 121 del previgente 'Regolamento'.

Potrebbe lungamente disquisirsi in ordine al se tale scelta normativa sia idonea ad arrecare elementi di convincimento in relazione alla questione qui controversa (palesando, a seconda dei punti di vista, elementi di continuità o di discontinuità rispetto al recente passato).

Il Collegio ritiene tuttavia che l'oggettiva opinabilità dei risultati che potrebbero trarsi dall'esegesi fondata sul nuovo 'Codice' del 2016 (pacificamente non applicabile alla vicenda per cui è causa) induca a ritenere tale *corpus* normativo del tutto irrilevante ai fini della presente decisione.



Esclusione automatica

- È una facoltà per le stazioni appaltanti
- Condizioni:
 - Previsione nei documenti di gara
 - Numero di offerte superiore a 10
- Facoltà esercitabile fino alla soglia comunitaria e quindi anche oltre il limite previsto per le procedure negoziate dall'art. 36 (per i lavori)



Esclusione automatica/2

Art. 97 comma 8

Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del **prezzo più basso** e **comunque per importi inferiori alle soglie** di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è **inferiore a dieci**.

Art. 95 comma 4

Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, **qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;**



Criterio dell'OEPPV

3. 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.
4. Le spiegazioni di cui al comma 1 possono, in particolare, riferirsi a:
- 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



Criteriono dell'OEPV/2

5. La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto (10):

- 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
- b) non rispetta gli obblighi in materia di **subappalto**;
- c) sono incongrui gli **oneri aziendali della sicurezza** di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture.



La verifica di congruità

Cons. Stato, sez. V, n. 2540/2018

Un consolidato orientamento giurisprudenziale insegna che la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va 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, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607; 20/7/2016, n. 3271; 7/9/2007 n. 4694; Sez. IV, 29/10/2002, n. 5945).

Il principio vale, a maggior ragione, allorquando si pretenda che il raffronto avvenga non con altra specifica offerta presentata nella medesima gara, ma **addirittura con dati statistici** (nazionali o locali) relativi a gare del settore, dai quali non è possibile trarre alcun elemento atto a dimostrare la sostenibilità dell'offerta nello specifico caso considerato.



La verifica di congruità/2

Cons. Stato, sez. V, n. 1896/2017

Il giudizio sull'anomalia dell'offerta postula un **apprezzamento globale sulla sua affidabilità** e, nel **contraddittorio procedimentale** afferente al relativo segmento procedurale, sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, ferma restando la sua strutturale immodificabilità; tuttavia l'applicazione di tali principi incontra il duplice limite, in generale, del divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta, che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni e, in particolare, di una revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige **una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità**, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa; in effetti, diversamente opinando, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire **un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica** (nella fase del controllo dell'anomalia), con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, in tal modo snaturando completamente la funzione e i caratteri del subprocedimento di anomalia.



Vale a dire...

Il giudizio sull'anomalia - pur postulando un **apprezzamento globale e sintetico** sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e ammettendo compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica - non permette al concorrente interessato di **modificare radicalmente la composizione** della propria offerta, al punto da alterarne l'equilibrio economico attraverso la diversa allocazione di rilevanti voci di costo. Se così fosse, le giustificazioni chieste all'impresa aggiudicataria, anziché servire a chiarire le ragioni della serietà dell'offerta economica, diverrebbero l'occasione per una libera rimodulazione di quest'ultima, per mezzo di una scomposizione e di una diversa ricomposizione delle sue voci di costo.



Sezione IV

IL PRINCIPIO DELLA CONSOLIDAZIONE DELLA GRADUATORIA



Avv. Dott. Ric. Piergiorgio Novaro

Il principio della c.d. invarianza della soglia

Art. 95 comma 15

Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Art. 120 comma 2 bis c.p.a

Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ... L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.



Cons. Stato, sez. III, n. 2579/2018

5.4. Se si vuole dare un senso al **comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.** ed eliminare l'apparente antinomia esistente tra la predetta disposizione e quella dell'**art. 95, comma 15**, del d.lgs. n. 50 del 2016, si deve interpretare quest'ultima nel senso che l'irrilevanza, ai fini del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, di ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione ed esclusione delle offerte, **valga non già per la tempestiva impugnazione**, ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., dell'ammissione dei concorrenti privi dei requisiti di partecipazione, **ma esclusivamente per l'impugnazione dell'ammissione dei concorrenti privi dei requisiti effettuata - per l'omessa impugnazione dell'ammissione nei termini di cui al richiamato comma 2-bis -** contestualmente con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara, quale provvedimento conclusivo della procedura concorsuale e, comunque, per qualsiasi ulteriore esclusione di un concorrente disposta - dalla stazione appaltante o a seguito di apposito giudizio - successivamente alla sua espressa ammissione.

6. ... lo sbarramento dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 (principio della c.d. *invarianza della soglia*) non si può applicare alla presente controversia.

6.1. Il coordinamento dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 - che ha recepito l'analoga previsione dell'art. 38, comma 2-bis, del d. lgs. n. 163 del 2006 introdotta nel 2014 - con la disposizione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. esige anzitutto che il concorrente, il quale intenda contestare l'ammissione (o l'esclusione) di un altro concorrente - laddove ovviamente, come nel caso di specie, tale interesse sia attuale, immediato e concreto, per essere stata la determinazione della soglia immediatamente successiva all'ammissione dei concorrenti - **debba farlo immediatamente, a nulla rilevando la finalità per la quale intenda farlo**, come, appunto, per l'ipotesi in cui egli persegua, così facendo, l'interesse - in sé del tutto legittimo - di potere incidere sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia, erroneamente determinato sulla base di una ammissione - o di una esclusione - illegittima.

6.2. Anzi, proprio in questa ipotesi, l'immediata impugnativa dell'ammissione appare necessaria, perché l'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 ha inteso evitare che, a soglia già cristallizzata (c.d. *blocco della graduatoria*), **un concorrente possa insorgere contro l'ammissione di un altro non già principaliter per contestarne la legittima ammissione alla gara, in assenza di un valido requisito, ma solo per rimettere in discussione il calcolo delle medie e la soglia di anomalia effettuato sulla platea dei concorrenti**, spesso molto ampia, ponendo i risultati della gara in una situazione di perenne incertezza e determinando, così, la caducazione, a distanza di molto tempo trascorso e in presenza di molte risorse impiegate, dell'aggiudicazione già intervenuta.

Cons. Stato, sez. V, n. 6161/2017

Richiama la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui l'immodificabilità delle graduatoria e l'irrilevanza delle sopravvenienze è **espressione di un principio generale** in tema di pubbliche gare sulla base dell'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014 - che ha introdotto il nuovo comma 2-bis dell'ambito dell'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 – in quanto dimostra la consistenza dell'obiettivo del legislatore di **assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara**, quale contenuto preminente all'**interesse alla conservazione dei relativi atti**, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia.



Cons. Stato, sez. V, n. 847/2017

Al fine di risolvere la questione, certamente rilevante, posta dall'appellante occorre domandarsi se il **principio dell'immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze** (pur se determinate da vicende giudiziarie) assuma una valenza derogatoria ed eccezionale - e in quanto tale sia insuscettibile di interpretazioni estensive -, ovvero se essa sia espressiva di un principio generale in tema di pubbliche gare.

Ad avviso del Collegio la questione deve essere risolta nel secondo dei sensi indicati, ritenendo che l'innovativo principio di cui all'articolo 39 del decreto-legge n. 90 del 2014 (che ha introdotto il nuovo comma 2-bis dell'ambito dell'articolo 38 del previgente 'Codice dei contratti') **assuma valenza generale e che miri all'obiettivo** (probabilmente opinabile, ma costituente esercizio di *interpositio legislatoris* in via di principio insuscettibile di scrutinio in sede giudiziale) **di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara.**

La consapevole scelta del Legislatore del 2014 è stata nel senso di assicurare preminenza all'interesse alla conservazione degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione comunque avvenuta in punto di fatto, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia.

Si tratta di una scelta - lo si ripete - **probabilmente opinabile nei suoi orientamenti di fondo, ma non palesemente irrazionale, né irragionevolmente compressiva del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale**, non restando in via di principio precluso al concorrente il quale avrebbe ottenuto una diversa *utilitas* sostanziale in caso di mancata partecipazione del concorrente escluso, **l'attivazione dei diversi rimedi di tutela - anche risarcitori - approntati dall'ordinamento.**



Grazie

PIERGIORGIO NOVARO

*Dottore di ricerca
in diritto dell'economia e del mercato
Avvocato*

avv.novaro@gmail.com
piergiorgio.novaro@unibo.it



Avv. Dott. Ric. Piergiorgio Novaro