

## I criteri di selezione delle offerte negli appalti pubblici: sistemi a confronto

**Sommario: 1. Premessa. 2. Aspetti generali. 3. La ponderazione dei “pesi” o “punteggi”. 3.1. La valutazione degli elementi quantitativi. 3.2. La valutazione degli elementi quantitativi ed i criteri motivazionali. 3.3. La formazione della graduatoria. 4. La struttura del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. 5. L'elencazione dei criteri di valutazione nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. 6. La posizione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. 7. Le “Linee Guida” n. 2 ANAC del 16.10.2016. 8. I criteri di valutazione ed il *rating* di legalità. 9. La ponderazione dei punteggi. 10. la valutazione degli elementi quantitativi. 11. La valutazione degli elementi qualitativi ed i criteri motivazionali. 12. I casi in cui in una gara da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il punteggio numerico può essere sufficiente ad aggiudicare il contratto. 13. La strutturazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta denominato “del prezzo più basso”. 14. Il regolamento di attuazione del vecchio Codice degli appalti. 15. Il problema delle offerte anomale e dell'esclusione dalle gare. 16. Le scansioni del procedimento di verifica. 17. Considerazioni finali.**

### 1. PREMESSA

Il presente lavoro affronta il delicato tema dei criteri di selezione che la stazione appaltante può utilizzare nella valutazione e scelta della migliore offerta. La trattazione, dopo aver indagato, in chiave comparata, i criteri di selezione previsti dal previgente Codice del 2006, si focalizzerà sugli elementi costitutivi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso evidenziandone le rispettive caratteristiche sulla base di una corposa elaborazione giurisprudenziale. Verranno, in quest'ottica, esaminate anche le “Linee Guida” n. 2/2016 ANAC<sup>1</sup>, dedicate proprio al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ed il problema delle offerte anomale alla luce della disciplina contenuta nell'articolo 97 del nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni del 2016.

### 2. ASPETTI GENERALI

I criteri di selezione delle offerte sono gli stessi utilizzati per le procedure aperte e ristrette, vale a dire quello del **prezzo più basso** e dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di eguale importo mediante procedura aperta, ristretta o negoziata con bando. In sostanza l'offerta potrà essere scelta soltanto se il concorrente avrà i requisiti per poter potenzialmente concorrere all'aggiudicazione dei lavori del medesimo valore da affidarsi mediante le canoniche procedure aperte, ristrette o negoziate, previa pubblicazione del bando di gara. Quando si parla di criteri di aggiudicazione si fa riferimento, dunque, ai meccanismi di selezione delle offerte. In ambito comunitario i criteri di selezione delle offerte ammesse a partecipare ad un gara sono due: quello dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** e quello del **prezzo più basso**. L'art. 95, comma 2, del nuovo Codice appalti prevede che in linea generale le stazioni appaltanti aggiudichino gli appalti sulla base

---

<sup>1</sup> Per una consultazione delle “Linee Guida” n. 2/2016 si rinvia al sito istituzionale [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

del criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo oppure sulla base dell'elemento **prezzo o del costo** seguendo un **criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita**. Lo stesso articolo al comma 4 stabilisce che può (e non deve) essere utilizzato il criterio del **minor prezzo** solo nei seguenti casi : 1) per i **lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro**; 2) per i **servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate** o le cui **condizioni sono definite dal mercato**; 3) per i **servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria**, caratterizzati da **elevata ripetitività**, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. Al contrario **devono sempre essere aggiudicati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo** (ai sensi dell'art. 95, comma 3) i contratti relativi a: *a*) i **servizi sociali** e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica; *b*) i **servizi ad alta intensità di manodopera**; *c*) i **servizi di ingegneria e architettura** nonché gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di **importo superiore a 40.000 euro**. La stessa ANAC raccomanda alle stazioni appaltanti, 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 "Linee Guida" prescrivono o consentono l'utilizzo di un particolare criterio di aggiudicazione mentre, in fase di progettazione, di avviare la definizione dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi. Infine, in sede di adozione della determina, di contrarre ed elaborare della documentazione di gara, di procedere alla compiuta definizione degli ulteriori elementi. Per quanto concerne i **criteri di valutazione** in senso stretto l'articolo 95, comma 6, del nuovo Codice appalti prevede che i **criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo** debbano essere **oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto**. Al riguardo l'ANAC fornisce, a titolo esemplificativo e per il tramite delle "Linee Guida" n. 2 del 12 ottobre 2016<sup>2</sup>, i seguenti criteri: *a*) **qualità** (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni); *b*) **possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE)** in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto. Nella misura pari o superiore al 30 % del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto; *c*) **costo di utilizzazione e manutenzione**; *d*) **compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra** associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base

---

<sup>2</sup> Con la **Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018**, l'Autorità nazionale anticorruzione ha aggiornato al d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (decreto correttivo e integrativo del nuovo Codice dei contratti) le "Linee Guida" n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo Codice dei contratti), recanti "*Offerta economicamente più vantaggiosa*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016. L'ANAC ha acquisito il parere del Consiglio di Stato, di cui all'affare n. 316/2018, assunto al protocollo dell'Autorità n. 32635 del 13 aprile 2018. Le modifiche apportate dal decreto correttivo al Codice, in ordine all'offerta economicamente più vantaggiosa, in generale, hanno riguardato soprattutto l'ambito oggettivo di applicazione dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, e l'introduzione del limite massimo attribuibile al peso della componente economica (massimo il 30%), così come previsto dal comma 10-*bis* dell'art. 95. In particolare sono state introdotte le seguenti modifiche: *a*) revisione delle ipotesi generali di utilizzo del criterio esclusivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, così come modificati dal decreto correttivo (art. 95, comma 3); *b*) revisione dei casi di utilizzo facoltativo del criterio del minor prezzo, così come modificati dal decreto correttivo (art. 95, comma 4); *c*) ricognizione di tutti i casi previsti nel Codice di utilizzo necessario del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, tra i quali si evidenziano talune ipotesi di affidamento di servizi sociali (artt. 142, 144) e la gran parte delle ipotesi di partenariato pubblico privato e affidamento a contraente generale (artt. 183, 187, 188, 195); *d*) richiamo del limite del 30% alla componente economica dell'offerta (art. 95, comma 10-*bis*); *e*) inserimento della previsione che impedisce la valutazione di opere aggiuntive sotto forma di varianti migliorative in fase di offerta (art. 95, comma 14-*bis*), fornendo al riguardo una esplicitazione della *ratio* sottesa alla norma. Per una consultazione integrale del testo delle "Linee Guida" n. 2 ANAC si rinvia al sito istituzionale [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013; e) **organizzazione, qualifiche ed esperienza** del personale effettivamente utilizzato; f) **servizio post-vendita e assistenza tecnica**; g) **condizioni di consegna** o di esecuzione del servizio. I criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei **criteri ambientali minimi (CAM)**. A tal fine i criteri di valutazione prevedono **l'attribuzione di specifici punteggi** qualora vengano proposte **condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM** con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni premianti previste dai CAM (appositamente elaborate per le procedure aggiudicate sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo). Per rispetto dei principi di trasparenza la stazione appaltante deve individuare i criteri di aggiudicazione connessi all'oggetto dell'appalto. Tali criteri devono riguardare lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito dell'affidamento sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del ciclo di vita ed attenersi alle caratteristiche dei lavori, dei beni o dei servizi ritenute più rilevanti dalla stazione appaltante ai fini della soddisfazione delle proprie esigenze e della valorizzazione degli ulteriori profili indicati dal Codice.

### **3. LA PONDERAZIONE DEI "PESI" O "PUNTEGGI"**

Un aspetto particolarmente importante nella valutazione delle offerte è costituito dalla **ponderazione dei "pesi" e dei "punteggi"**. I **"pesi" o "punteggi"** (e i sub pesi o sub punteggi) di ponderazione sono il valore attribuito dalla stazione appaltante a ciascun criterio (o sub-criterio). La determinazione dei punteggi da attribuire a ciascuna componente dell'offerta, a ciascun criterio o sub-criterio è rimessa alla stazione appaltante. Essa deve tener conto delle seguenti informazioni: 1) specificità dell'appalto; 2) importanza da attribuirsi alla: a) componente economica; b) componente tecnica; c) profili oggetto di valutazione. Il punteggio massimo attribuibile a ciascuna componente e a ciascun criterio o sub-criterio deve risultare proporzionato alla rilevanza che ciascuno di essi riveste rispetto agli altri nonché ai bisogni della stazione appaltante. Il punteggio attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione deve essere tale da non alterare l'oggetto dell'affidamento. A tal proposito è opportuno: 1) ripartire proporzionalmente i punteggi tra i criteri afferenti all'oggetto principale e agli oggetti secondari dell'affidamento; 2) attribuire un punteggio limitato o non attribuire alcun punteggio ai criteri relativi a profili ritenuti non essenziali in relazione alle esigenze della stazione appaltante. La somma dei punteggi deve essere pari a 100 in quanto si tratta di un criterio intuitivo per i partecipanti alla procedura di aggiudicazione.

#### **3.1. LA VALUTAZIONE DEGLI ELEMENTI QUANTITATIVI**

Nelle "Linee Guida" n. 2 dell'ANAC vengono fornite **considerazioni di carattere generale** relative al calcolo dei singoli coefficienti e all'aggregazione dei punteggi ottenuti. Sono riportate una serie di **formule** che consentono di valutare sia gli elementi di natura quantitativa presenti nelle offerte (ad esempio, il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe) che quelli di natura qualitativa (possesso di una certificazione di qualità, del rating di legalità, ecc.).

#### **3.2. LA VALUTAZIONE DEGLI ELEMENTI QUALITATIVI ED I CRITERI MOTIVAZIONALI**

La commissione di gara deve esprimere il proprio giudizio tenendo presente i criteri qualitativi. È necessario indicare 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 non devono essere discriminatori, conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese. La stazione appaltante resta libera di determinare il criterio di attribuzione dei punteggi con i criteri di natura qualitativa (con la condizione implicita che tale criterio rispetti i principi di proporzionalità, trasparenza e che abbia basi scientifiche). Tuttavia nella prassi applicativa si ricorre a 2 gruppi di sistemi alternativi quali: 1) 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 e 2) il confronto a coppie tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara.

### 3.3. LA FORMAZIONE DELLA GRADUATORIA

Dopo che la commissione di gara ha effettuato le valutazioni tecniche occorre determinare, per ogni offerta, un dato numerico finale atto ad individuare l'offerta migliore. A questo fine occorre fare riferimento a uno dei metodi multi-criteri o multi-obiettivi proposti dall'esperienza, vale a dire: 1. il metodo aggregativo compensatore; 2. il metodo *Electre*; 3. il metodo *AHP*; 4. il metodo *Topsis*. La stazione appaltante può applicare il criterio di determinazione del punteggio finale per ciascuna offerta ritenuto più opportuno, purché tale criterio rispetti i seguenti principi: *a)* avere basi scientifiche; *b)* essere proporzionale con l'oggetto dell'appalto; *c)* essere non discriminatorio; *d)* essere accuratamente descritto nel bando di gara.

### 4. LA STRUTTURA DEL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

L'**articolo 95 del Codice degli appalti** individua una serie di elementi che concorrono a "costruire" un'offerta affinché questa risulti la più vantaggiosa economicamente. L'indicazione dei parametri contenuti nella norma, tuttavia, ha un carattere esemplificativo ben potendo la stazione appaltante far riferimento a diversi criteri valutativi. A ciascun elemento, poi, verrà attribuito un punteggio e va da sé che tutti i criteri di valutazione dell'offerta devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto da aggiudicarsi. In ogni caso **il prezzo nell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce solo uno degli elementi di valutazione**<sup>3</sup>. Tuttavia la giurisprudenza amministrativa, anche prima del varo del nuovo Codice degli appalti pubblici del 2016, ha avuto modo di chiarire che: "(...) il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato della P.A. sia da parte del privato interessato che del giudice amministrativo, il quale deve poter

---

<sup>3</sup> *In terminis*: T.a.r. Marche, sentenza n. 1068 del 2 ottobre 1998. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

ricostruire l'*iter* logico seguito dalla stazione appaltante (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, decisione del 30 agosto 2005, n. 4423)<sup>4</sup>. Del resto lo stesso Consiglio di Stato ha puntualizzato che: “(...) mentre la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta consente margini di apprezzamento rimessi alla stazione appaltante, la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicché al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto. Tale elementare e chiaro meccanismo, **imposto dal diritto comunitario e nazionale**, non può essere inquinato con formule matematiche ancorate a medie variamente calcolate, che: *a*) introducono nella valutazione della singola offerta economica elementi ad essa estranei, tratti dalle altre offerte economiche; *b*) introducono nella valutazione della singola offerta economica automatismi inerenti presunte anomalie, automatismi estranei al sistema e, anzi, da esso vietati; *c*) si prestano a facili turbative e distorsioni applicative. La pur ampia discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei criteri di valutazione delle offerte incontra alcuni limiti invalicabili: 1) nel divieto di introdurre criteri *contra legem*; 2) nel divieto di rendere complicato un meccanismo legale assolutamente semplice e univoco, attraverso formule matematiche non solo inutili ma addirittura dannose sia per la tutela della *par condicio* dei concorrenti, sia per l'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, posto che alla maggior complessità delle operazioni di gara (per applicare una formula matematica non richiesta dalla legge) consegue il risultato, del tutto contrario alla lettera e alla *ratio* della legge, di premiare una offerta di prezzo più elevata (...)”<sup>5</sup>. La giurisprudenza amministrativa, inoltre, allineandosi a quanto predicato, a suo tempo, dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici con **il parere n. 257 del 25 luglio 2007** a proposito dell'illegittimità della commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta ha precisato che: “(...) la normativa sia comunitaria sia nazionale opera tra i criteri soggettivi di ammissione (d.lgs. n. 157/995: artt. 12-17) e quelli oggettivi di aggiudicazione (artt. 22-23), una netta ed inderogabile distinzione che, oltre al dato letterale e formale, risponde all'evidente e sostanziale logica di separare altrettanto nettamente i requisiti soggettivi di idoneità e di partecipazione alla gara da quelli attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione (*cf.* questa Sez. V, 16 aprile 2003, n. 1993 e, tra le più recenti, 20 marzo 2006 n. 1446). In particolare è stato affermato che è illegittimo l'inserimento tra gli elementi di valutazione dell'offerta di un requisito, quale quello delle esperienze simili già maturate nello stesso specifico settore, il quale è indubbiamente un criterio soggettivo per l'individuazione della capacità tecnica richiesta ai concorrenti in sede di prequalificazione, proprio per l'accertamento soggettivo della loro capacità a poter partecipare alla gara. Né rileva, in contrario, che le caratteristiche specifiche dell'attività oggetto della procedura avrebbero giustificato e legittimato il riferimento a dette esperienze ai fini della valutazione dell'offerta, stante la chiara *ratio* della normativa richiamata, che non consente alcuna deroga teorico-concettuale, né alcuna conseguente commistione tra i due gruppi di criteri, tra loro incompatibili. Tale principio vale sia per gare precedute da prequalificazione, sia per quelle a procedura aperta, ossia di pubblico incanto non preceduto dalla fase di prequalificazione (com'è nella specie), giacché in entrambi i casi si verte sempre in tema di requisiti di partecipazione utilizzati anche ai fini dell'assegnazione dei punteggi tecnici, con conseguente commistione

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 6311 del 14 ottobre 2009. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3404 del 3 giugno 2009. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

illegittima dei medesimi e, in ultima analisi, violazione della *par condicio* tra i concorrenti (*cf.*, in particolare, la citata decisione n. 1446 del 2006)<sup>6</sup>. Il Consiglio di Stato è ritornato sul tema affermando, in materia di appalti di servizi, che: “(...) una recente giurisprudenza (v. Cons. St., IV, n. 5808 del 2008; V, n. 837 del 2009, e altre) ha ritenuto che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara possa essere interpretato “*cum grano salis*” (v. CdS, IV, n. 5808/08) nelle procedure relative ad appalti di servizi consentendo alle stazioni appaltanti nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara (*cf.* CdS, V, n. 837/09; per una ricapitolazione delle pronunce che prevedono la possibilità di inserire, tra i criteri di valutazione della offerta tecnica, elementi di natura soggettiva legati alla esperienza degli offerenti, v. la determinazione AVCP n. 7 del 24.11.2011, p. 4.4.). Peraltro [...] la possibilità di applicare in maniera “attenuata” il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto *a)* se aspetti della attività della impresa possano effettivamente “illuminare” la qualità della offerta (*cf.* CdS, VI, 2770/08 e sez. V n. 837/09), e *b)* a condizione che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo. Alla luce delle coordinate interpretative e applicative suindicate, nel caso “de quo”: — la valorizzazione del fatturato triennale come criterio di aggiudicazione non illumina la qualità delle diverse offerte in gara. Di per sé, infatti, il fatturato pregresso, come ha rilevato il T.a.r., è un “dato neutro non certo significativo di una migliore qualità della strumentazione e della tecnologia utilizzata (v. sent. T.a.r. F.V.G.-n. 530/2011-, p. 4.1.)”<sup>7</sup>.

## 5. L'ELENCAZIONE DEI CRITERI DI VALUTAZIONE NEL CASO DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO CON IL SISTEMA DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

L'articolo 95, comma 4, dispone che **nel bando di gara** siano elencati i criteri di valutazione nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il criterio del minor prezzo. Il principio, quindi, trova applicazione *a fortiori* nel caso in cui l'appalto sia aggiudicato con il criterio preferenziale e generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Del resto che i criteri di valutazione debbano essere dettagliatamente indicati nel bando era già stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa anche sotto la vigenza del vecchio Codice del 2006. Infatti i giudici erano fermi nel “(...) nel ritenere illegittima la procedura di una gara di appalto per violazione dell'art. 83 c. 4 nel caso in cui i criteri di valutazione delle offerte non siano dettagliatamente indicati nel bando e la commissione abbia dovuto integrare, con più dettagliati sottocriteri, la generica ripartizione del

---

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 2716 del 29 aprile 2009. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 6311 del 14 ottobre 2009. Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>7</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 5197 del 3 ottobre 2012. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

punteggio complessivamente previsto nella *lex specialis* (Consiglio di Stato sez V 22 febbraio 2011, n. 1094; id. sez. V 1 ottobre 2010 n. 7256; id. sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2189; id. sez. III 1 dicembre 2012, n. 514). Successivamente il Consiglio di Stato ha ribadito che sia il vecchio articolo 83 comma 4 Codice contratti pubblici, nel testo novellato, sia il diritto comunitario impedivano che la commissione, dopo la presentazione delle offerte, potesse stabilire elementi di specificazione dei criteri generali previsti dalla *lex specialis* ai fini della valutazione delle offerte attraverso la previsione di sottovoci integrative, dovendo anche essi essere determinati dalla stessa disciplina di gara, eliminando ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione (Consiglio di Stato sez III. 1 febbraio 2012 n. 514; id. sez III 29 novembre 2011, n. 6306; id. sez III 22 marzo 2011 n. 1749; id. sez. V 22 febbraio 2011 n. 1097; vedi anche T.a.r. Abruzzo 19 luglio 2010, n. 532; T.a.r. Lombardia Brescia 15 luglio 2011, n. 1078; T.a.r. Sicilia Catania 29 aprile 2011, n. 1071). In questa ottica alla commissione di gara può essere pertanto devoluta solo un'attività meramente interpretativa degli eventuali sottocriteri di valutazione indicati nella *lex specialis*, come previsto anche dal precedente articolo 53 della direttiva 2004/18/Ce, che ha segnalato la mancanza di uno specifico potere integrativo per l'organo giudicante della gara (Consiglio di Stato sez. V 22 febbraio 2011, n. 1092)<sup>8</sup>. Va rilevato che sempre i giudici hanno chiarito che: “(...) L'indicazione dei criteri contenuta nel bando non può essere (e comunque può non essere) tanto minuziosa da esaurire ogni margine di discrezionalità, tanto da rendere vincolata l'attività della commissione. Peraltro se la commissione dispone di margini di discrezionalità nella valutazione delle offerte (pur nell'ambito dei criteri dettati dal bando) ciò comporta che può adottare atti di autolimitazione della discrezionalità. Ed invero dove vi è un potere discrezionale (e non importa che i suoi margini siano più o meno ristretti) vi è anche, inevitabilmente, lo spazio per atti di autolimitazione della discrezionalità. Anzi in un certo senso un momento di autolimitazione è sempre presente nella fase iniziale dell'esercizio della discrezionalità (quanto meno, se la discrezionalità non degenera in arbitrio). Semmai la distinzione è fra i casi nei quali l'atto di autolimitazione viene formalizzato ed esternato e quelli nei quali viene mantenuto *in pectore* per essere poi applicato di fatto. Non può risolversi in vizio invalidante la circostanza che quell'atto di autolimitazione, invece che rimanere serbato *in pectore*, sia stato reso di pubblica ragione. La formalizzazione giova alla trasparenza e alla sindacabilità delle valutazioni conclusive (...)”<sup>9</sup>. In ordine alla necessità di una **soglia di sbarramento** è possibile affermare che essa è funzionale a garantire che le offerte sul piano qualitativo siano apprezzabili. Il che significa che se un'offerta è particolarmente vantaggiosa sotto il profilo quantitativo monetario (prezzo) ben potrà essere scartata qualora sia ritenuta qualitativamente inferiore al valore della soglia fissata nel bando. La *ratio* della predeterminazione dei criteri all'interno del bando soddisfa una precisa esigenza di trasparenza e imparzialità dell'operato della pubblica amministrazione tant'è che la stessa giurisprudenza comunitaria ha categoricamente vietato la fissazione di coefficienti di ponderazione e sottocriteri al di fuori del bando di gara<sup>10</sup>. Per quanto concerne la definizione dei criteri motivazionali la giurisprudenza è

---

<sup>8</sup> *In terminis*: T.a.r. Puglia, Bari, Sezione I, sentenza n. 1703 del 27 settembre 2012. Per una consultazione del testo integrale della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 5111 del 27 settembre 2012. Per una consultazione del testo integrale della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>10</sup> Corte di giustizia, Sez. I, sentenza del 24 gennaio 2008, C-532/06. In questo senso, T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I-ter, sentenza n. 10828 del 4 novembre 2009, a tenore della quale “(...) ai fini della ritenuta legittimità dell'operato della stazione appaltante, è che, per quanto possibile, sia (stata) eliminata ogni discrezionalità della Commissione di gara e

orientata a considerarli degli strumenti logico-argomentativi finalizzati a rendere manifesto l'*iter* logico-giuridico seguito nell'attribuzione di un punteggio numerico<sup>11</sup>. Ancora. I giudici amministrativi hanno ritenuto “(...) legittimo l'operato della Commissione giudicatrice che, prima dell'apertura delle buste, avesse specificato in sub-criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando ovvero avesse anche integrato questi ultimi ovvero ancora avesse fissato gli opportuni ed adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, tuttavia con l'unico fondamentale ed imprescindibile limite costituito dal **divieto di introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione** (...)”<sup>12</sup>.

## 6. LA POSIZIONE DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con **parere n. 137 del 19 novembre 2009**, ha affrontato, a suo tempo, il problema della fissazione dei criteri e sub-criteri di gara<sup>13</sup> stabilendo che: “(...) se nel passato si era consolidato il principio secondo il quale eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito ben potevano essere configurati dalle commissioni giudicatrici, seppure soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte (tra le molte: Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 19 aprile 2005, n. 1791 e del 20 gennaio 2004, n. 155, nonché T.a.r. Marche, sentenza del 15 marzo 2005, n. 241), a seguito del terzo decreto correttivo (d.lgs. n. 152/ 2008) tale discrezionalità è stata eliminata. In sintesi può affermarsi che l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di garantire il principio di trasparenza, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici imponendo che tutti i criteri di valutazione dell'offerta (criteri generali, sub-criteri e criteri motivazionali), nonché i relativi punteggi, siano stabiliti fin dalla formulazione del bando di gara, con conseguente esclusione di spazi integrativi, di specificazione o di articolazione degli stessi in capo alla commissione di gara (...)”. Pertanto “(...) è illegittimo il bando di gara che cita gli elementi concreti da valutare da parte della commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio (organizzazione del servizio, innovazione tecnologica, termini di consegna dei buoni pasto ordinati, organizzazione dell'eventuale informatizzazione delle procedure, struttura organizzativa dell'azienda, modalità di assistenza ed altri elementi utili a valutare la qualità del servizio offerto) indicandoli, però, in maniera approssimata e generica e senza ancorarli ad una predeterminata graduazione di punteggi che va da un minimo ad un massimo passando per posizioni intermedie

---

che comunque risulti esclusa l'introduzione di qualsiasi criterio di valutazione non precedentemente reso pubblico e portato a conoscenza di tutti i partecipanti (cfr. T.a.r. Brescia, Sez. II, 17 luglio 2009 n. 1519). Peraltro, nessun obbligo gravava sulla stazione appaltante, ex art. 83, co. 4 cdcp, di necessariamente prevedere sub criteri (e relativi sub punteggi) per ciascuno dei criteri di valutazione prescelti (...)”. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>11</sup> *In terminis*: Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 810 del 15 febbraio 2010, cit.

<sup>12</sup> *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, sentenza del 16 marzo 2009, n. 1555; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza del 22 marzo 2007, n. 1389; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 810 del 15 febbraio 2010; *cit.* Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>13</sup> Per un approfondimento del tema si rinvia a G. GUZZO, *Appalti pubblici. Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*. Giuffrè Editore (2013); pag. 165-187.

predeterminate o determinabili secondo parametri oggettivi già fissati dal bando o dallo stesso capitolato speciale che lo integra (...)"

## 7. LE “LINEE GUIDA” N. 2 ANAC DEL 16.10.2016

Le “Linee Guida” n. 2 dell’ANAC sono state approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e sono state aggiornate al d.lgs. n. 56/2017<sup>14</sup> con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018<sup>15</sup>. Esse forniscono delle stringenti indicazioni in merito ad una corretta applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, vale a dire del criterio preferenziale indicato dal Legislatore nell’aggiudicazione degli appalti pubblici. Come detto si tratta di un documento il cui scopo è quello di semplificare il compito alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, soprattutto per quanto concerne la **scelta del criterio di attribuzione dei punteggi per i diversi elementi qualitativi che compongono l’offerta** e la successiva aggregazione dei punteggi. In questo senso il documento elaborato dall’ANAC ha natura prettamente tecnico-matematica, finalizzato a fornire indicazioni operative in materia di offerta economicamente più vantaggiosa. Va ricordato che l’atto in esame non rientra tra quelli la cui emanazione è prevista dal d.lgs. 50/2016. Le “Linee Guida” n. 2 esordiscono ricostruendo il “quadro normativo” di riferimento partendo dall’articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016. La norma in discorso, come si è più volte avuto modo di ricordare nel corso del presente lavoro, prevede che nella maggior parte dei casi le stazioni appaltanti aggiudichino gli appalti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (*OEPIV*) individuato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell’elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita.

## 8. I CRITERI DI VALUTAZIONE ED IL *RATING* DI LEGALITÀ

A titolo esemplificativo l’art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016 elenca una serie di criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa recependo alcune delle modifiche introdotte all’art. 83 del vecchio Codice degli appalti pubblici del 2006 dalla legge n. 221/2015. Al fine di rispettare i principi generali relativi alla trasparenza e parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione devono essere proporzionati all’oggetto dell’appalto, ma soprattutto **coerenti con gli obiettivi che l’amministrazione si prefigge e con l’importanza che viene data a ciascuno di essi**, ed il punteggio attribuito a ciascuno di essi non deve essere tale da alterare l’oggetto dell’affidamento. Risulta pertanto fondamentale, a parere dell’ANAC, la definizione a monte degli obiettivi da parte dell’amministrazione appaltante. Riguardo alla previsione dell’articolo 95, comma 13, del d.lgs. 50/2016 il quale prevede che, compatibilmente con il rispetto dei principi UE, le stazioni appaltanti possano inserire nella valutazione dell’offerta criteri premiali legati al c.d. “*rating di legalità*” - e posto che il *rating* di legalità può essere richiesto esclusivamente ad imprese italiane, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro - le stazioni appaltanti, nella predisposizione del bando di gara o della

---

<sup>14</sup>Per un approfondimento sui poteri dell’ANAC dopo il primo correttivo al Codice appalti si rinvia a R. DE NICTOLIS, *I poteri dell’ANAC dopo il correttivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) dell’1 luglio 2017.

<sup>15</sup> Per una consultazione del testo aggiornato delle “Linee Guida” n. 2/2016 ANAC si rinvia al sito istituzionale [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

lettera di invito, devono introdurre **misure di compensazione per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione**. 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.

## 9. LA PONDERAZIONE DEI PUNTEGGI

I “*pesi*” o “*punteggi*” (e i sub-pesi o sub-punteggi) di ponderazione sono il valore attribuito dalla stazione appaltante a ciascun criterio (o sub-criterio). La somma dei pesi deve essere pari a 100, da ripartirsi tra il punteggio assegnato alla componente prezzo, il punteggio assegnato alla componente qualitativa dell’offerta (inclusiva del punteggio per le varianti) e il punteggio per i criteri premiali (che devono rappresentare una componente limitata del punteggio complessivo). Diversamente dal d.lgs. n. 163/2006, il successivo d.lgs. n. 50/2016 consente di **azzerare di fatto la componente prezzo**, limitando il confronto competitivo esclusivamente sulla componente qualitativa (c.d. “*prezzo fisso*”) (art. 95, comma 7). Il ricorso al prezzo fisso è tuttavia limitato “(...) anche ai casi di cui alle disposizioni richiamate dal comma 2”, ovvero (anche) ai casi - non meglio precisati - in cui sono presenti “disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici (...)”. Sul punto l’ANAC precisa che, ove le stazioni appaltanti optino per il ricorso al **prezzo fisso** in fattispecie diverse da quelle per le quali vi è una norma di legge che lo preveda, le stesse devono **adeguatamente motivare** sulle ragioni alla base di tale scelta e sulla metodologia seguita per il calcolo del prezzo o costo fisso, in base al quale verrà remunerato l’oggetto dell’acquisizione. Nell’ambito dell’OEPV, le stazioni appaltanti possono inoltre imporre un **livello minimo qualitativo**, determinando un **valore soglia per il punteggio che le offerte devono ottenere per determinati criteri**, fermo restando che lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato (“*soglia di sbarramento*”). Nel caso in cui nessuna offerta soddisfi il livello qualitativo richiesto la stazione appaltante potrà non aggiudicare la gara. Al fine di non alterare la proporzione prevista tra i diversi elementi di ponderazione può essere opportuno prevedere, nel caso in cui nessun concorrente raggiunga il punteggio massimo per il singolo criterio, la riparametrazione dei punteggi, per riallinearli ai pesi previsti per l’elemento di partenza. Tale operazione - finalizzata a garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo e i singoli elementi che compongono la qualità - dovrà essere espressamente **prevista nei documenti di gara**. La stazione appaltante può procedere, altresì, a una **seconda riparametrazione dei punteggi ottenuti per la parte tecnica o quella economica, complessivamente considerate**. Anche in questo caso occorre che la riparametrazione sia prevista nel bando di gara e che siano chiaramente individuati gli elementi che concorrono a formare la componente tecnica e la componente economica. A tal proposito la giurisprudenza amministrativa<sup>16</sup>, in continuità con il maggioritario e consolidato orientamento giurisprudenziale in materia<sup>17</sup> nonché in ossequio al disposto delle “Linee Guida” ANAC n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, recanti

---

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 1845 del 23 marzo 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>17</sup> Solo per fare qualche esempio: Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 27 gennaio 2016 n. 266; id. 30 gennaio 2017 n. 373; id. 12 giugno 2017 n. 2811 e n. 2852; id., Sezione III, sentenza del 20 luglio 2017 n. 3580. Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

“Offerta economicamente più vantaggiosa”, ha posto in luce la “mera facoltà”, per l’Amministrazione appaltante, di procedere alla riparametrazione dei punteggi, a condizione che la stessa sia prevista nel bando di gara. A mente delle richiamate “Linee Guida”: “(...) quando i punteggi relativi a un determinato criterio sono attribuiti sulla base di subcriteri può accadere che nessun concorrente raggiunga il punteggio massimo previsto; ciò rischia di alterare la proporzione stabilita dalla stazione appaltante tra i diversi elementi di ponderazione, specie quando la valutazione è basata sul metodo aggregativo compensatore. La stazione appaltante procede, se previsto nel bando di gara, alla riparametrazione dei punteggi per riallinearli ai punteggi previsti per l’elemento di partenza. L’operazione di riparametrazione può avvenire sia in relazione ai criteri qualitativi sia in relazione ai criteri quantitativi (laddove non siano previste modalità che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo) con riferimento ai punteggi relativi ai singoli criteri o, laddove siano previsti, in relazione ai singoli sub-criteri (...)”. In sostanza i supremi Giudici Amministrativi non hanno ritenuto di condividere le argomentazioni dei ricorrenti, evidenziando come la c.d. doppia riparametrazione dei punteggi vada ricondotta ad una scelta discrezionale dell’amministrazione da compiersi *ex ante*. In tal senso è evidenziato che la stessa deve risultare chiaramente manifestata nella *lex specialis*, mediante una clausola esplicita, ovvero anche mediante una previsione implicita, ma dal significato inequivoco, da cui poter desumere la volontà della P.A. di applicare non solo il metodo compensativo aggregatore, ma anche la riparametrazione del totale dei punteggi complessivamente riportato per l’offerta tecnica, in modo da assicurare il rispetto dell’equilibrio tra i diversi elementi di ponderazione previsto dalla stazione appaltante.

## 10. LA VALUTAZIONE DEGLI ELEMENTI QUANTITATIVI

Oltre agli elementi di natura quantitativa (es. il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe), l’offerta è di regola composta da **elementi riferiti all’assenza o presenza di una determinata caratteristica** (es. possesso di una certificazione di qualità, del rating di legalità, ecc.) e da elementi di natura qualitativa, sui quali la commissione di gara deve esprimere il proprio giudizio, secondo i criteri prestabiliti nel bando di gara. L’ANAC fornisce in proposito alcune considerazioni di carattere generale relative al calcolo dei singoli coefficienti e all’aggregazione dei punteggi ottenuti. Quanto agli **elementi di natura quantitativa** di regola nei bandi è fissato il prezzo massimo che la stazione appaltante intende sostenere e i concorrenti propongono sconti rispetto a tale prezzo. Il punteggio minimo, pari a 0, è attribuito all’offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, mentre il punteggio massimo all’offerta che presenta lo sconto maggiore. L’ANAC individua due modalità di calcolo dei punteggi economici, utilizzabili soprattutto quando il criterio di formazione della graduatoria è quello aggregativo compensatore: 1. attribuzione del punteggio tramite *interpolazione lineare* tra sconto minimo e sconto massimo. Tale metodo di calcolo presenta l’inconveniente, più volte evidenziato, di poter condurre a differenze elevate anche a fronte di scarti in valore assoluto limitati; 2. attribuzione del punteggio mediante il metodo cd. *bilineare*, secondo il quale il punteggio cresce linearmente fino a un valore soglia (i.e. la media del ribasso dei concorrenti) per poi flettere e crescere ad un ritmo molto limitato. Al fine di evitare il rischio di allineamento delle offerte è necessario che il valore della soglia venga determinato sulla base delle offerte effettivamente pervenute. Tale metodo, se da un lato scoraggia la presentazione di offerte con ribassi eccessivi (poiché ricevono un punteggio incrementale ridotto), dall’altro, limita una concorrenza basata sul

prezzo. Entrambi i metodi sopra indicati risultano “*interdipendenti*”, nel senso che il punteggio attribuito al concorrente dipende dal punteggio attribuito agli altri concorrenti. **Le stazioni appaltanti possono utilizzare anche sistemi “*indipendenti*”** (dunque per i quali, viceversa, il punteggio attribuito al concorrente **non dipende** dal punteggio attribuito agli altri concorrenti), tuttavia in questi casi l’ANAC sottolinea che è necessaria un’**adeguata motivazione** in ordine alle ragioni della scelta e ai criteri utilizzati per la definizione del prezzo a base di gara, della formula utilizzata e dell’eventuale punto di flesso.

## **11. LA VALUTAZIONE DEGLI ELEMENTI QUALITATIVI ED I CRITERI MOTIVAZIONALI**

La valutazione degli elementi c.d. *qualitativi* dell’offerta è rimessa alla discrezionalità dei commissari di gara che, a tal fine devono attenersi ai criteri motivazionali indicati già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento. Tali criteri devono essere almeno: *a)* non discriminatori; *b)* conosciuti da tutti i concorrenti; *c)* basati su elementi accessibili alle imprese. A tal fine occorre che il capitolato e il progetto siano estremamente dettagliati nella descrizione dei singoli elementi che compongono la prestazione, e definiscano in modo altrettanto chiaro i livelli qualitativi ai quali corrispondono i punteggi. È possibile specificare in modo meno dettagliato il criterio motivazionale ove si faccia ricorso al criterio del **confronto a coppie**, in quanto il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara. Al termine dell’attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e agli elementi quantitativi occorre determinare, per ogni offerta, un dato numerico finale atto ad individuare l’offerta migliore. A questo fine si può fare riferimento a uno dei metodi multi-criteri o multi-obiettivi proposti dalla letteratura, quali l’*aggregativo compensatore*, l’*Electre*, il *Topsis* o l’*AHP*. Nessun metodo è in assoluto il migliore. È quindi possibile applicare il criterio di determinazione del punteggio finale per ciascuna offerta ritenuto più opportuno, purché tale criterio: abbia basi scientifiche; sia proporzionale con l’oggetto dell’appalto; non sia discriminatorio; sia stato accuratamente descritto nel bando di gara.

## **12. I CASI IN CUI IN UNA GARA DA AFFIDARE CON IL CRITERIO DELL’OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA IL PUNTEGGIO NUMERICO PUÒ ESSERE SUFFICIENTE AD AGGIUDICARE IL CONTRATTO**

Si tratta di un aspetto piuttosto controverso sul quale la giurisprudenza amministrativa, soprattutto nella vigenza del precedente Codice del 2006, più volte si è pronunciata. Al riguardo i giudici amministrativi hanno affermato che: “(...) **il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell’offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell’ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici obiettivi e puntuali criteri di valutazione**, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l’amministrazione da una valutazione meccanica attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde, infatti, al principio di correttezza dell’azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure di evidenza pubblica, a garanzia dell’imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell’operato dell’Amministrazione sia da parte del privato interessato, che del Giudice Amministrativo al quale deve essere permesso di poter ricostruire l’*iter* logico

seguito dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 2379/2003; Cons. Stato, Sez. V, n. 374/2004). In questa prospettiva si osserva, in particolare, come l'utilizzo del solo punteggio numerico si dimostri insufficiente laddove i criteri di massima siano formulati sulla base di espressioni generiche (v., tra le tante pronunce sul punto, T.a.r. Umbria, sentenza n. 243/ 2007)<sup>18</sup>. Va ricordato che, recentemente, la giurisprudenza amministrativa ha confermato che: “(...) le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell’offerta economica (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, V, 10 agosto 2016, n. 3579; id., V, 29 ottobre 2014, n. 5375; id., V. 15 luglio 2013, n. 3802)”<sup>19</sup>.

### **13. LA STRUTTURAZIONE DEL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE DELL'OFFERTA DENOMINATO “DEL PREZZO PIÙ BASSO”**

La disciplina del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è rinvenibile nell'**articolo 95 del Codice degli appalti**. Riguardo la scelta del criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la giurisprudenza ante Codice del 2016 aveva chiarito che: “(...) l'obbligo di motivazione non emerge dalle norme del Codice degli appalti richiamate (art. 11, comma 2, e dell'art. 81, comma 2 nonché dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006). I requisiti di legittimità del bando di gara non possono essere interpretati in senso estensivo, considerato che l'art. 81, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 si limita a stabilire che le stazioni appaltanti scelgono il criterio più adeguato (prezzo più basso ovvero offerta economicamente più vantaggiosa) in relazione all'oggetto del contratto (...)”<sup>20</sup>. In generale era possibile affermare che la codificazione offerta dal T.U. dei contratti pubblici era la medesima elaborata dal diritto comunitario. **Il vecchio articolo 81 del Codice degli appalti del 2006 distingueva tra il prezzo più basso, nel caso di contratti da stipulare a misura, e il prezzo più basso, nel caso di contratti da stipulare a corpo**. Il discorso cambia con il nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni del 2016. Infatti i commi 4 e 5 dell’articolo 95 stabiliscono che: “(...) 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; *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 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro 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. 5. Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta (...)”. Ad ogni modo i commi 14-15 dell’articolo 95 aggiungono che: “(...) 14. Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior

<sup>18</sup> T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza n. 1380 dell'8 maggio 2008. *In terminis*: Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 6311 del 14 ottobre 2009. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2185 del 10 aprile 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>20</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 5048 del 21 settembre 2012. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

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 indizione 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. 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. 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 (...). Per quanto concerne i rapporti tra il comma 3 ed il comma 4 dell'articolo 95 pare opportuno segnalare alcuni recenti approdi dei giudici amministrativi a tenore dei quali: "(...) Il rapporto, nell'ambito dell'articolo 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione (...)"<sup>21</sup>. In definitiva, come ha avuto modo di chiarire anche l'ANAC con proprio parere n. 1361/2017, depositato il 17 gennaio 2018<sup>22</sup>, "(...) la legittimità del ricorso al criterio del prezzo più basso presuppone che non vi siano le condizioni di cui al comma 3, per le quali è obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (...)"

#### **14. IL REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE DEL VECCHIO CODICE DEGLI APPALTI**

Il Regolamento di attuazione del Codice, varato con d.P.R. n. 207/2010, prevedeva delle norme di dettaglio in merito ai casi di aggiudicazione degli appalti sia con il criterio del prezzo più basso che

---

<sup>21</sup>In questi termini: Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017 e TAR Campania, Napoli, Sez. V, sentenza n. 4995 del 24 ottobre 2017. Per una consultazione integrale delle sentenze si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> Per una consultazione del testo integrale della delibera ANAC n. 1361/2017 si rinvia al sito istituzionale [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il *corpus iuris*, che acquisì il parere del Consiglio di Stato il 24 febbraio 2010, innovò relativamente rispetto agli articoli 89 e 90 del d.P.R. n. 554/1999. Infatti l'articolo 118, a proposito dell'aggiudicazione dell'appalto con il criterio del prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso sull'elenco prezzi o sull'importo dei lavori, prevedeva che: “(...) Quando la gara si tiene con il metodo del massimo ribasso, l'autorità che presiede la gara, aperti i plichi ricevuti e verificata la documentazione presentata, aggiudica l'appalto al concorrente che ha presentato il massimo ribasso percentuale: a) sull'elenco prezzi unitari per i contratti da stipulare a misura; b) sull'importo dei lavori per i contratti da stipulare a corpo. 2. Ai sensi dell'articolo 53, comma 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, per cui il computo metrico-estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta il concorrente ha l'obbligo di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico-estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile (...)”.<sup>23</sup> Il successivo **articolo 119 del Regolamento di attuazione dettava la disciplina di dettaglio dei casi di aggiudicazione dell'appalto al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari**. La norma fu oggetto di diverse modifiche rispetto all'articolo 90 del d.P.R. n. 554/1999. In sintesi il precetto disponeva che: “(...) se la procedura ristretta è aggiudicata con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, alla lettera d'invito è allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per la esecuzione dell'opera o dei lavori composta da sette colonne (...)”. Tale lista doveva essere vidimata in ogni suo foglio dal responsabile del procedimento e “(...) sono riportati per ogni lavorazione e fornitura, nella prima colonna, il numero di riferimento dell'elenco delle descrizioni delle varie lavorazioni e forniture previste in progetto, nella seconda colonna la descrizione sintetica delle varie lavorazioni e forniture, nella terza colonna le unità di misura, nella quarta colonna il quantitativo previsto in progetto per ogni voce (...)”. Nella quinta e sesta colonna, poi, dovevano essere indicati i prezzi unitari offerti per ogni lavorazione e fornitura espressi in cifra nella quinta colonna e in lettere nella sesta e settima colonna, i prodotti dei quantitativi risultanti dalla quarta colonna per i prezzi indicati nella sesta. Il prezzo complessivo dell'offerta e il ribasso dovevano essere indicati sia in lettere che in cifre giacché qualora si fosse verificata una discordanza il ribasso percentuale indicato in lettere prevaleva su quello in cifre. Estremamente importante era la circostanza che il modulo doveva essere sottoscritto in ciascun foglio dal concorrente e non poteva presentare correzioni a meno che non fossero state confermate e sottoscritte direttamente dal concorrente. Nel caso in cui si trattava di procedura aperta l'articolo 119 prevedeva che il bando di gara rendesse noti i giorni e le ore in cui gli interessati potevano recarsi presso gli uffici della stazione appaltante per ritirare copia della lista delle lavorazioni e forniture su cui modulare la propria offerta. Le novità introdotte dal Regolamento di attuazione investivano, inoltre, le modalità di apertura delle buste. Infatti era previsto che l'autorità che

---

<sup>23</sup>Per una consultazione integrale dell'articolo 118 del d.P.R. n. 207/2010 si rinvia al sito istituzionale [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

presiedeva la gara, una volta aperti tutti i plichi ricevuti, contrassegnasse ed autenticasse non solo le offerte in ciascun foglio e le eventuali correzioni apportate dal concorrente ma anche i documenti. Si trattava di una innovazione che si muoveva nella direzione di una maggiore trasparenza delle operazioni dell'organo valutatore tanto è vero che la norma stabiliva che la medesima autorità che presiedeva la gara leggeva ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procedeva sulla base dei ribassi espressi in lettere secondo quanto previsto dal successivo articolo 121. Infine l'articolo 120 del d.P.R. n. 207/2010 disciplinava, nel dettaglio, i casi in cui l'aggiudicazione dell'appalto avvenisse con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare la norma stabiliva che in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i «pesi» o «punteggi» da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in «sub-pesi» o «sub-punteggi», di cui all'articolo 83, commi 1 e 4, del Codice ed indicati nel bando di gara, dovevano essere globalmente pari a cento. Per i contratti di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del Codice, i fattori ponderali da assegnare ai «pesi» o «punteggi» attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non dovevano essere complessivamente inferiori a sessantacinque. Riguardo la valutazione delle offerte la stessa norma regolamentare aggiungeva che in una o più sedute riservate la commissione valutava le offerte tecniche e procedeva alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dava lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procedeva alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procedeva secondo quanto previsto dall'articolo 121. Com'è noto nell'architettura del nuovo Codice del 2016 la disciplina di attuazione è molto più "flessibile" in quanto basata essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi: a) quelli adottati con decreto ministeriale e con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; b) quelli adottati con delibera dell'ANAC, a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare attraverso le "Linee Guida"; c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante, anche con lo strumento delle "Linee Guida", con conseguente disapplicazione del vecchio d.P.R. n. 207/2010.

## **15 IL PROBLEMA DELLE OFFERTE ANOMALE E DELL'ESCLUSIONE DALLE GARE**

Il Codice degli appalti disciplina l'intera materia dell'anomalia delle offerte nel Titolo IV della Parte II, rubricata "Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture", più precisamente per il tramite dell'**articolo 97** rubricato a sua volta "Offerte anormalmente basse". Nel vecchio Codice del 2006 le norme fondamentali erano contenute negli **articoli da 86 a 88** che regolamentavano, rispettivamente, i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse (art. 86), i criteri di verifica delle offerte anormalmente basse (art. 87) e il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse (art. 88). Il comma 1 dell'articolo 97 del nuovo Codice del 2016 stabilisce che: "(...) 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

(...)”. Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito<sup>24</sup> che: *a)* in sede di apprezzamento dell’offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificazioni tali da integrare un’operazione di “finanza creativa”, modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l’importo finale; nondimeno, ciò non esclude che l’offerta possa essere modificata in taluni suoi elementi, compresi, in particolare, quelli relativi all’utile atteso, che può essere ridotto (*cf.* tra le tante T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Tar Lombardia Milano, sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); *b)* resta fermo il principio per cui in un appalto l’offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti – ma ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia la finalità di stabilire se l’offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l’attendibilità dell’offerta nel suo insieme; *c)* di conseguenza si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l’impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio che compensa il maggior costo di altre voci (*cf.*, al riguardo, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); *d)* la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili; *e)* è anche pacificamente ammesso che l’impresa possa intervenire riducendo l’utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che importa è che l’offerta rimanga nel complesso seria (*cf.* Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; *id.*, 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676); *f)* resta fermo che la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica mirando, piuttosto, ad accertare che l’offerta sia attendibile e affidabile nel suo complesso (...).<sup>25</sup> Riguardo la natura del giudizio di anomalia la stessa giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che: “(...) E’ noto che il giudizio sull’anomalia dell’offerta – finalizzato alla verifica dell’attendibilità e serietà della stessa ovvero dell’accertamento dell’effettiva possibilità dell’impresa di eseguire correttamente l’appalto alle condizioni proposte – ha natura globale e sintetica e deve risultare da un’analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l’offerta si compone, al fine di valutare se l’anomalia delle diverse componenti si traduca in un’offerta “complessivamente” inaffidabile (Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053; *id.* 19 marzo 2018, n. 1743; *id.* 8 marzo 2018, n. 1494)”<sup>26</sup>. A sua volta il comma 2 dell’articolo 97

<sup>24</sup> Da ultimo T.a.r. Lombardia, Milano, sentenza n. 63 del 17 gennaio 2017. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>25</sup> *Ex multis*: Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza del 9 febbraio 2016 n. 520; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 5 giugno 2015 n. 2770. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>26</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 2892 del 15 maggio 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

prevede che: “(...) 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: a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che, se la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero, la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra; c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del quindici per cento; d) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento; e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9 (...)”. Al riguardo pare opportuno ricordare che il Consiglio di Stato, Sezione III, con propria ordinanza n. 1151 del 13 marzo 2017, nel rimettere la decisione di alcuni quesiti all'A.P., ha chiarito che l'articolo 97, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici – il d.lgs. n. 50 del 2016 – proprio “(...) al fine di non rendere predeterminabili da candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia (...)”, con una previsione innovativa<sup>27</sup>, ha stabilito che il metodo per determinare la soglia di anomalia – prescelto tra i cinque previsti dallo stesso comma 2 – sia scelto mediante il sorteggio in sede di gara e non preventivamente, così eliminando il rischio di un precedente accordo collusivo tra tutti gli operatori partecipanti alla gara circa l'entità di eventuali ribassi al fine di influenzare il calcolo della soglia allorché la gara venga aggiudicata con il criterio del prezzo più basso. L'art. 97, comma 2 lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede e ripropone immutato, tra i cinque metodi sorteggiabili, anche quello qui in esame. Al riguardo il Presidente dell'ANAC, con comunicato del 5 ottobre 2016, ha precisato che, essendo stato abrogato l'art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010, l'accantonamento delle offerte aventi identico valore a quelle già accantonate nelle ali non è più previsto dal d.lgs. n. 50 del 2016, sicché tale regola non è più applicabile, nemmeno in via di prassi, dalle stazioni appaltanti persino, così sembrerebbe, con riferimento all'ipotesi – del tutto pacifica in giurisprudenza anche prima dell'introduzione dello stesso d.P.R. n. 207 del 2010 – delle offerte “a cavallo” delle ali. Ciò, secondo l'ANAC, in quanto: “(...) la scelta del Legislatore si giustifica in base alla considerazione che l'accantonamento delle ali costituisce una mera operazione matematica, distinta, come tale dall'effettiva esclusione di concorrenti che superano la “soglia di anomalia” e il non più previsto mancato accantonamento delle offerte identiche a quelle accantonate per il calcolo della soglia “non produce discriminazione tra gli operatori economici ammessi alla

---

<sup>27</sup> Si tratta del parere del Consiglio di Stato n. 855 dell'1 aprile 2016. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

gara” (...). Considerazione, quest’ultima, che seppur corretta sul piano astratto – in quanto il taglio delle ali, come noto, serve solo per individuare la soglia di anomalia e non già per escludere in modo automatico le offerte comprese nelle ali, che sono meramente accantonate a fini di calcolo – rende, comunque, ancor più attuale il problema interpretativo non solo per le gare, soggette al d.lgs. n. 163 del 2006 (e al relativo regolamento applicativo), ma anche con riferimento alle gare soggette all’applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, laddove venga sorteggiato il metodo di cui all’art. 97, comma 2 lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016. Fatte queste premesse il supremo Consesso amministrativo ha ritenuto che ipotizzare o introdurre meccanismi correttivi, come quello dell’accorpamento delle offerte aventi identico valore all’interno dell’ala, se, da un lato, può rispondere ad una condivisibile finalità di evitare aggiramenti della legge, dall’altro, potrebbe alterare il meccanismo oggettivo, aritmetico, prefigurato dalla legge stessa, creando ulteriore incertezza e turbamento della concorrenza. Anche questa considerazione, sul piano teleologico, deve essere tenuta presente dall’interprete prima di adottare una soluzione che, a stretto rigore, non sembra trovare un esplicito o, almeno, univoco fondamento né nella previsione applicabile *ratione temporis* dell’art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 né in quella dell’art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 che, come detto, non definisce in modo chiaro, ma presuppone, le “offerte da accantonare” nella misura del 10%. E’ del tutto evidente che, sussistendo tale dubbio interpretativo in ordine all’applicazione di tali disposizioni (con inevitabile proiezione di tale dubbio, in assenza di previsione regolamentare, anche sulla futura applicazione della analoga disposizione di cui all’art. 97, comma 2 lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016, si sia reso necessario rimettere la questione all’Adunanza plenaria, ai sensi dell’art. 99 c.p.a., ponendo i seguenti quesiti: “(...) a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell’art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all’esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi; b) se la disposizione regolamentare dell’art. 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che “qualora nell’effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all’articolo 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”, intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, “accantonate” e accorpate come un’unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse (“accantonate”) dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo)”<sup>28</sup>. Ritornando alla lettera dell’articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016, i commi 3 e 3 *bis*, a loro volta, stabiliscono che: “(...) 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. 3-*bis*. Il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque (...)”. Va detto che la giurisprudenza amministrativa ha sin dal primo esordio considerato l’articolo 97, comma 2, come

---

<sup>28</sup> Per una consultazione integrale del testo dell’ordinanza di rimessione all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1151/2017 si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

una disposizione “poco lineare”. Non a caso il Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 435 del 23 gennaio 2018 ha osservato che: “(...) L’art. 97, comma 2, del nuovo Codice appalti è una disposizione assai “*poco lineare*” che ha dato luogo a “*numerosi dubbi interpretativi*”, destinata a condurre, a seconda dell’esito del sorteggio fra i 5 metodi di calcolo della soglia di anomalia ivi previsti, a risultati della gara “*radicalmente diversi*”, sì che risulta “*arduo individuare una logica di sistema della disposizione, nel suo confronto con la realtà della gara, risultando pienamente rispettato il solo criterio dell’imprevedibilità dell’esito*”, dal momento che “*quasi tutte o quasi nessuna delle offerte ammesse potrebbero essere qualificate ‘anomale’ nella stessa gara a seconda del criterio sorteggiato*”. Giova richiamare nuovamente il testo della disposizione in questione, che – alla lettera *b*), quella estratta dalla Stazione appaltante, prevede (nella versione precedente il “correttivo”, da applicare al caso in esame) la seguente formula per la determinazione della soglia di anomalia: “*b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;*” La tecnica redazionale della disposizione di cui trattasi è chiaramente infelice e pertanto si è reso necessario un contributo migliorativo costituito dal Comunicato stampa del Presidente dell’ANAC del 5 ottobre 2016, avente ad oggetto “Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso”, secondo il quale la norma dovrebbe essere letta come se recitasse: “(...) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all’unità superiore, con esclusione del dieci per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (...)”, giacché la parole “arrotondato all’unità superiore” andrebbero chiaramente riferite al “dieci per cento” e collocate dopo questo. Ad ogni modo il Presidente dell’ANAC ha inteso ribadire che per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali. In definitiva, il *modus procedendi* per dare applicazione alla disposizione *de qua* sembra doversi così ricostruire: 1. escludere il 10 % (arrotondato all’unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali); 2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica; 3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra (...)”<sup>29</sup>. Sempre a proposito dell’articolo 97, comma 2 lett. *b*), più recentemente la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di confermare ulteriormente quanto innanzi chiarito stabilendo che: “(...) Ritiene il Collegio di dover confermare, al riguardo, l’interpretazione datane dal precedente di Cons. Stato, V, 23 gennaio 2018, n. 435, dal quale nel caso di specie non vi è evidente ragione di discostarsi, secondo cui il *modus procedendi* va così ricostruito: “1. escludere il 10 % (arrotondato all’unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali); 2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica; 3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra” (...)”<sup>30</sup>. Passando alla fase meramente procedimentale, che verrà affrontata più compiutamente nel successivo paragrafo, va evidenziato

<sup>29</sup> Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>30</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2959 del 17 maggio 2018. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

che in merito al sindacato sulle valutazioni compiute in sede di verifica la più recente giurisprudenza amministrativa ha chiarito che: “(...) Nelle gare pubbliche il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento (...)”<sup>31</sup>.

## 16. LE SCANSIONI DEL PROCEDIMENTO DI VERIFICA

La regolamentazione del procedimento di esclusione dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico è condensata nei commi da 5 a 8 dell'articolo 97. In particolare il comma 5 dell'articolo 97 stabilisce che: “(...) 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: *a*) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3; *b*) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105; *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; *d*) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 (...)”. A tale proposito la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che: “(...) L'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, anche nel raffronto con la precedente formulazione dell'art. 88, comma 1-*bis* secondo periodo, del d.lgs. n. 163/2006<sup>32</sup> non esclude espressamente né impedisce operativamente alla stazione appaltante di sollecitare ulteriori elementi giustificativi rispetto alle prime spiegazioni richieste. Piuttosto proprio il carattere di maggior deformalizzazione che innerva la nuova disposizione rende coerente e funzionale il riconoscimento della possibilità per la s.a., nell'esercizio delle proprie valutazioni tecnico-discrezionali, di chiedere ulteriori puntualizzazioni, secondo cadenze che – come nella specie – siano comunque rispettose sia dei tempi della gara, sia dell'obiettivo finale di ricerca del miglior offerente (...)”<sup>33</sup>. Per quanto concerne strettamente la natura del procedimento di verifica dell'anomalia, sempre la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare che: “(...) il nuovo Codice, stante la sua diretta derivazione dalle norme comunitarie, deve essere interpretato in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l'art. 69 della direttiva n. 2014/24/UE secondo cui “L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente”, quindi garantendo il pieno contraddittorio anche, all'occorrenza (se necessario), mediante più passaggi procedurali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte; tutto questo anche per le procedure sotto soglia qualora non sussista una disciplina specifica (come, ad es., quella di cui al comma 8 dello stesso art. 97) o emerga l'inequivocabile contrasto con

---

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 2150 del 9 aprile 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>32</sup> Per un approfondimento sul previgente sistema di verifica dell'anomalia delle offerte si rinvia a G. GUZZO, G. GUZZO, *Appalti pubblici. Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*. Giuffrè Editore (2013); pag. 115-128; *cit.*

<sup>33</sup> T.a.r. Lazio, Roma, Sezione Terza *Quater*, sentenza n. 3288 del 23 marzo 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

i principi di cui all'art. 30, comma 1, richiamati dall'art. 36, comma 1, del Codice. Del resto è ormai principio generale del procedimento amministrativo, codificato nell'art. 10-*bis* della Legge n. 241/1990, che questo non può concludersi con un provvedimento negativo giunto a sorpresa (salve le ipotesi di attività vincolata o se il dispositivo non potrebbe comunque essere diverso), ma deve sempre essere preceduto da un contraddittorio di merito sui motivi che l'Amministrazione reputa ostativi all'attribuzione del bene della vita. I principi del soccorso istruttorio muovono, obiettivamente, dalla stessa esigenza garantista” (*cf.* anche TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 19.10.2017 n. 4884). Il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, piuttosto, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso e in concreto, sia attendibile ed affidabile rispetto al fine da raggiungere (*cf.* TAR Marche, 14.11.2017 n. 861; 3.7.2017 n. 578; 2.1.2017 n. 2). Sarebbe stato quindi ulteriore onere della ricorrente non limitarsi a dedurre censure riguardanti una singola (e parziale) voce di spesa (costo del personale per servizi aggiuntivi), ma fornire il quadro economico generale e pluriennale delle relative ripercussioni sull'offerta complessiva e sulla sua pretesa insostenibilità (...)”<sup>34</sup>. Ritornando all'analisi della norma il successivo comma 6 stabilisce che: “(...) Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (...)”. Si tratta di una disposizione molto rigorosa che denota la particolare attenzione del Legislatore sul tema della sicurezza sul lavoro e sulle garanzie previdenziali. Il successivo comma 7, a sua volta, prevede che: “(...) La stazione appaltante qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un'offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea (...)”. E' indubbiamente una disposizione che chiaramente introduce un'ipotesi di esclusione pressoché automatica pur accordando all'offerente la possibilità di dimostrare che eventuali aiuti statali non costituiscano un'alterazione dei principi di parità di trattamento e di libera concorrenza. Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito che: “(...) Quanto alla mancata attivazione del potere di verifica disciplinato dall'art. 97, comma 6, d.lgs. 50/2016 vanno applicati alla fattispecie in esame i principi interpretativi, oggetto di orientamenti consolidati, secondo cui: a) il potere di avviare la verifica della fondatezza del sospetto di anomalia ha natura tecnico-discrezionale e deve comunque tener conto della globalità dell'offerta, ostandovi una valutazione parcellizzata dei singoli elementi; b) essa mira non a ricercare specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma ad accertare, in base alla natura della prestazione corrispettiva oggetto di appalto, la “serietà” dell'offerta nel suo complesso; c) ne consegue che il sindacato giudiziale attiene alla verifica della logicità e ragionevolezza dell'istruttoria, senza alcun potere di sostituzione del “merito” della valutazione che è riservata all'amministrazione (Cons. St., sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2017, n. 607); pertanto “*il giudizio tecnico - discrezionale della Stazione Appaltante*

---

<sup>34</sup> T.a.r. Marche, Ancona, Sezione I, sentenza n. 915 del 12 dicembre 2017. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

sull'anomalia dell'offerta, non inficiato da vizi macroscopici di illogicità, erroneità, incoerenza o travisamento fattuale, non emergenti dalle contestazioni rivolte al concorrente, è insindacabile da parte del giudice amministrativo, né, comunque, le singole operazioni valutative ad esse sottostanti possono essere sostituite e ripetute in sede giurisdizionale”(T.A.R. Napoli, (Campania), sez. I, 03 luglio 2017, n. 3577). d) Quanto, in particolare, agli specifici elementi che legittimerebbero il “sospetto” della anomalia nell’ambito comunque di una valutazione globale, l’eventuale previsione di costi del materiale o del lavoro inferiori ai minimi tabellari, “perché assuma rilevanza ai fini del giudizio di anomalia, [...] deve essere considerevole e palesemente ingiustificata” (Cons. St., sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465; Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2017, n. 501); e, con riferimento all’utile, “non è possibile stabilire una soglia minima al di sotto della quale l’offerta deve considerarsi anomala”, salvo che non si dimostri che esso sia pari a zero (Cons. St., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2556)<sup>35</sup>. Anche in questo caso, come nel caso disciplinato dal precedente comma 5, vige il principio del contraddittorio pieno tra offerente e stazione appaltante. Al riguardo la giurisprudenza, come già riportato, ha sottolineato che: “(...) 1. Nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia vale infatti il principio comunitario del pieno contraddittorio successivo alla presentazione delle offerte, oggi codificato dall'art. 69 della direttiva 2014/24, secondo cui la partecipazione al procedimento consente alla stazione appaltante di ottenere ogni utile chiarimento in ordine al contenuto della documentazione prodotta (*ex multis* T.A.R. Toscana, sez. I, 26 marzo 2009, n. 507; C.G.U.E. 27 novembre 2001, CC-285-286/99) si da non impedire la reiterazione della richiesta ove necessario. Ciò vale anche per le gare governate dall'applicazione del nuovo Codice approvato con d.lgs. 50/2016, laddove la struttura apparentemente monofasica del contraddittorio (giustificazione - chiarimenti) e non trifasica (giustificazione - chiarimenti - contraddittorio) va letta in conformità ai suesposti principi, si da non impedire una ulteriore fase di confronto dialettico dopo la presentazione delle giustificazioni, specie allorquando come nel caso di specie appaiono di dubbia congruità alcune rilevanti componenti dell'offerta e vi sia contestazione da parte dei concorrenti. Come noto nelle gare pubbliche il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospetta di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, con irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento; esso non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, essendo invero finalizzato ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto, rilevando che l'offerta nel suo complesso appaia "seria" (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4765; Id., sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; Id. sez. V, 27 agosto 2014, n. 4368; Id., sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492; Id., sez. IV., 23 luglio 2012, n. 4206; Id. sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090; Id., sez. VI., 24 agosto 2011, n. 4801; T.A.R. Puglia, Bari sez. I, 8 marzo 2012, n. 506) ed ammettendosi in caso di giudizio positivo la motivazione “*per relationem*” (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 27 luglio 2017, n. 3702). 3. Il rinvio operato dall'art. 97, comma 5 lett. a), d.lgs. n. 50/2016 all'art. 30, comma 3, implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta. Con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso; in ciò

---

<sup>35</sup> T.a.r. Calabria, Catanzaro, sentenza n. 2061 del 16 dicembre 2017. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

sostanzandosi il “*novum*” rispetto alla pregressa disciplina. Da un esame testuale e sistematico emerge, invero, che la *ratio* del nuovo Codice è chiaramente orientata per il rigoroso rispetto dei diritti minimi laddove coinvolgono i primari interessi ambientali, sociali e lavoristici (*ex multis*: T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 15 dicembre 2016, n. 1315). D'altronde il comma 6 del citato art. 97 del d.lgs. 50/2016 esclude tassativamente che la stazione appaltante possa ammettere giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzati dalla legge mentre il comma 5 autorizza espressamente la stazione appaltante ad escludere l'offerta se accerta, all'esito del contraddittorio con il concorrente interessato, che la stessa è anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16. 4. Le esigenze di semplificazione e programmazione alla base di un accordo quadro, come oggi definito dall'art. 3 lett. *iii*) del d.lgs. 50/2016, non consentono in alcun modo deroghe alla disciplina in materia di appalti pubblici (C.G.U.E. 4 maggio 1995 C-79) né tantomeno al citato art. 97 in tema di inderogabilità del costo del lavoro. La congruità e sostenibilità economica dell'offerta deve sussistere a prescindere dagli effettivi ordini attuativi che la stazione appaltante vorrà adottare nel corso dell'esecuzione dell'accordo quadro. 5. Pretendere di sopperire alle lacune del giudizio di anomalia con valutazioni addotte per la prima volta nell'ambito del giudizio attraverso mere memorie difensive (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 11 luglio 2017, n. 8243; T.A.R. Veneto, sez. I, 11 marzo 2010, n. 768; T.A.R. Sicilia, Catania sez. IV, 29 marzo 2012, n. 900)<sup>36</sup>. Infine i commi 8 e 9 dell'articolo 97. Le disposizioni prevedono che: “(...) 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. 9. La Cabina di regia di cui all'articolo 212, su richiesta, mette a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a disposizione, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli di cui ai commi 4 e 5 (...)”.

## 17. CONSIDERAZIONI FINALI

Il tema dei criteri utilizzati per l'aggiudicazione delle gare d'appalto è da sempre stato un aspetto controverso nella letteratura della contrattualistica pubblica. A riprova dell'assunto basti compiere un esame comparato tra i principi che innervavano il previgente Codice degli appalti pubblici del 2006 e quello licenziato con il d.lgs. n. 50/2016. Lo iato è evidente e può essere compendiato nella opzione di politica legislativa sbilanciata in favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a detrimento di quella del prezzo più basso per evidenti ragioni prevenzione della corruzione<sup>37</sup>. Tuttavia l'aver demandato la disciplina di dettaglio di tale composito criterio alle

---

<sup>36</sup> T.a.r. Umbria, Perugia, Sezione I, sentenza n. 168 del 18 marzo 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>37</sup> Per un approfondimento del tema si consiglia, C. DEODATO, *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) dell' 8 maggio 2017.

“Linee Guida” dell’ANAC<sup>38</sup>, cioè a delle fonti flessibili espressione del cosiddetto *soft law*, significa esporre la scelta in parola ad incontrollabili meccanismi di revisione che potrebbero creare un sempre crescente stato di incertezza nello svolgimento delle procedure di evidenza pubblica. Certo, non sfugge, d’altro canto, che l’utilizzo di tale innovativa forma di disciplina di dettaglio meglio si presti a improvvise esigenze di armonizzazione del sistema come, del resto, accaduto in occasione dell’adeguamento delle “Linee Guida” n. 2/2016 ANAC alle modifiche apportate al Codice degli appalti pubblici dal d.lgs. n. 56/2017. In questo caso, però, l’adeguamento, a dispetto della duttilità della fonte secondaria utilizzata, è avvenuto a circa un anno di tempo dalla novella del 2017 frustrando, così, la pure potenziale rapida adattabilità dello strumento “normativo” in questione ai nuovi scenari venutisi a creare. Altro aspetto controverso è quello che investe il procedimento di verifica delle offerta anomale. Nella precedente disciplina del 2006 la sequenza procedimentale si snodava in tre momenti che trovavano la loro sintesi negli articoli da 86 a 88 del d.lgs. n. 163/2006. Nel nuovo Codice degli appalti pubblici il procedimento di verifica è disciplinato dal solo articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016. L’elemento di discontinuità che meglio marca la differenza rispetto al recente passato è dato da una evidente “deformalizzazione” del procedimento all’interno del quale comunque deve essere fatto salvo il diritto al contraddittorio in tutte le fasi ed ogni qualvolta ve ne sia bisogno. In generale la semplificazione dello snodo procedurale e la valorizzazione della natura complessiva dell’offerta consentono alla S.A. di valutare, anche nelle diverse fasi, eventuali aggiustamenti dell’offerta. Questa minore rigidità nel “pesare” l’offerta va nella direzione della ottimizzazione dei principi sostanzialistici da sempre predicati dalla giurisprudenza europea e recepiti nelle direttive Ue 14/23, 14/24 e 14/25 che attraversano, trasversalmente, l’attuale T.U. degli appalti pubblici. Certamente un beneficio che, tuttavia, potrebbe nascondere il rischio di una certa quale superficialità della S.A. nel valutare specifiche componenti dell’offerta che, invece, avrebbero avuto un “peso” diverso in una ottimale ponderazione dell’interesse pubblico.

**Gerardo Guzzo**

Professore a contratto

di Organizzazione Aziendale presso l’Università Statale degli Studi di Salerno,

Facoltà di Economia e Commercio

Pubblicato il 28 maggio 2018

---

<sup>38</sup> Per un approfondimento sul tema del ruolo svolto dall’ANAC nel sistema degli appalti pubblici si rinvia a R. GRECO, *Il ruolo dell’Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) del 29 dicembre 2016.