

I criteri di aggiudicazione e le offerte anormalmente basse
del d.lgs. 50/2016: aspetti problematici degli artt.95 e 97
(Leonardo Miconi)¹

1. Come anticipato dalle direttive comunitarie e dalla stessa legge delega, l'art.95 del d.lgs. 50/2016 ha rivisitato i criteri di aggiudicazione del d.lgs. 163/2006² riproducendo tout court l'art.67 della direttiva 2014/24/UE³. A parte i piccoli cambiamenti della denominazione dei criteri (*offerta economicamente più vantaggiosa e minor prezzo* invece che *massimo ribasso*), le modifiche alla previgente disciplina recate all'art.95, comma 2, del nuovo codice hanno riguardato tre aspetti principali:

- a) l'ambito di applicazione dei criteri, laddove l'offerta economicamente più vantaggiosa (O-EPV) dovrà essere utilizzata di regola per l'affidamento dei contratti pubblici, salvo i casi nei quali si può ricorrere al *minor prezzo* (in realtà niente affatto residuali sia come numero di appalti sia riguardo agli importi complessivi);
- b) la duplice modalità per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa rispettivamente “*sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*” oppure “*sulla base dell'elemento prezzo o del costo*”;
- c) vari algoritmi associati al criterio del *minor prezzo*, formulati in autonomia rispetto alla citata direttiva e con specifiche finalità anticorruzione: in altre parole per impedire o ostacolare quanto più possibile l'alterazione della gara.

La locuzione *miglior rapporto qualità/prezzo* è delineata estesamente nei considerando 89, 90 e 92 della direttiva 2014/24/UE e comporta innovazioni di un certo peso. Mentre la locuzione *minor prezzo* rispetto alla previgente *massimo ribasso* comporterebbe la sola modifica nella formulazione delle offerte: queste si dovrebbero estrinsecare mediante un *prezzo* e non attraverso una percentuale di ribasso su un importo a base di gara come invece nel precedente sistema. In realtà ciò era possibile anche con le norme previgenti e comunque l'innovazione, sotto tale profilo, potrebbe riguardare solo gli algoritmi della gara. Tuttavia, al di là della nuova espressione “*minor prezzo*”, l'art.97, comma 2, continua a fare riferimento ai ribassi percentuali come nella previgente normativa, in special modo per la individuazione della *soglia di anomalia* e del relativo algoritmo di calcolo.⁴

¹ Dirigente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Il testo riporta valutazioni meramente personali e non rappresenta in alcun modo il punto di vista dell'Anac.

² Cfr. art. 81 (massimo ribasso e offerta economicamente più vantaggiosa) e art.86 (offerte anormalmente basse) del d.lgs.163/2006.

³ Direttive 2014/23-24-25/UE e legge n.11 del 2016.

⁴ La soglia di anomalia è un valore di ribasso convenzionale al di sopra del quale le offerte devono essere considerate *anormalmente basse* cioè potenzialmente da scartare salvo accertarne la congruità. Il criterio è stato introdotto per la

2. Che si tratti di innovazioni sostanziali della OEPV è stato confermato dallo stesso Consiglio di Stato⁵ laddove, nell'esame dell'art.95 ha riconosciuto un “*significato profondamente diverso rispetto a quanto affermato nel sistema precedente*” quando il criterio riguardava “*esclusivamente*” la “*valutazione qualitativa dell'offerta*”. In effetti nel considerando n.89 della direttiva 2014/24/UE si legge che: “*per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come “offerta economicamente più vantaggiosa” nelle direttive 2004/17/CE ... occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il miglior rapporto qualità/prezzo*”. Anche nel successivo considerando 92 la direttiva ribadisce che tale *miglior rapporto* deve essere *valutato* mettendo a punto i criteri necessari: cioè rinviando alla stazione appaltante (o al legislatore) le modalità per computare il numeratore e il denominatore dell'espressione.

Si deve cogliere che il “*rapporto qualità/prezzo*” non è una espressione letterale per descrivere una buona scelta secondo le regole del linguaggio comune, bensì questo assume il valore di vero e proprio metodo di calcolo o algoritmo per l'ordinamento delle offerte (cfr. allegati del DPR 207/2010, G, I, M e P).

Tutto si potrebbe riassumere con la finalità della nuova norma volta a selezionare offerte dotate di una più elevata qualità e con meno importanza del parametro prezzo di offerta. Dunque i criteri dettati dal nuovo codice si prefiggono di promuovere la competizione con finalità in parte diverse dalle precedenti direttive (dir. CE 2004/17-18), non più rivolte dogmaticamente al mercato ma anche alle ricadute sociali/ambientali⁶ dei contratti pubblici (cfr. art.95, co.6, lett. a e b). Tali aspetti non erano comunque sconosciuti alla previgente normativa italiana e ben potevano essere perseguiti dalle amministrazioni aggiudicatrici se solo li avessero posti come obiettivi.

Anzi, dall'*incipit* dell'art.95, comma 1, desunto dal comma 4, art.67, dir. 2014/24⁷ emerge che la stazione appaltante non si riserva più come in precedenza un potere di scelta “illimitato” dell'offerta aggiudicataria. L'auto-limitazione era forse rivolta agli stati come criterio ispiratore da utilizzare nella fase di recepimento delle norme, ma calato nel codice sembra destinato a rimanere senza ulteriori effetti pratici: infatti, il codice ha già disegnato il profilo delle procedure di scelta dei concorrenti nonché i livelli di interferenza negoziale ammessa tra i medesimi concorrenti e la stazione appaltante (nella relazione ministeriale di accompagnamento alla norma nulla è detto).

prima volta nell'art.21-bis della legge n.109 del 1994. Sulla individuazione delle offerte anormalmente basse e relative criticità vedasi L.Miconi, “Offerte uguali e soglia di anomalia”, Giustamm.it, 2008; dello stesso autore “I criteri di aggiudicazione nel nuovo codice dei contratti pubblici: la individuazione delle offerte anomale e fenomeni di turbativa delle gare”, Giustamm.it, 2007.

⁵ Cfr. parere del Consiglio di Stato n.855/2016 dell'1.4.2016, pag.120.

⁶ Cfr. considerando 95 dir. 2014/24/UE: “E' d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”

⁷ Cfr. considerando 92 dir. 2014/24/UE

Nel seguito verificheremo se vi è stata una effettiva evoluzione dei criteri di aggiudicazione: basti pensare al fallimento delle aspettative che avevano accompagnato il d.lgs. 163 del 2006 (v. considerando n.9 della direttiva 2004/18) secondo cui, tra l'altro, l'OEPV doveva comportare una netta riduzione dei ribassi. Senonché le statistiche dei ribassi di aggiudicazione pubblicate annualmente dall'Avcp/Anac hanno evidenziato che i ribassi medi con la OEPV e il massimo ribasso si attestano nel *range* 17-22 % per i lavori e 17-19 % per i servizi e forniture: dunque senza particolari vantaggi di sconto dal primo criterio⁸. Si potrebbe d'altro canto sostenere la convenienza della OEPV in quanto, pur con lo stesso ribasso, il criterio migliora la soluzione progettuale a base di gara: ma il presupposto che la commissione giudicatrice operi al medesimo livello del progettista non è né convincente né provata dai dati; il fenomeno delle varianti in corso d'opera ha posto in evidenza che il ricorso alla OEPV non ha garantito risultati tanto riconoscibili se si prende a riferimento l'aumento dei costi che si rivela necessario in corso d'opera (cfr. Relazione Anac al Parlamento di prossima pubblicazione).

3. Il comma 2, art.95, d.lgs. 50/2016, ha indicato che l'offerta economicamente più vantaggiosa si può selezionare con due modalità alternative:

- a) sulla base del *miglior rapporto qualità/prezzo*;
- b) sulla base dell'*elemento prezzo* o del *costo*.

La norma non ha fornito indicazioni vincolanti sulla scelta dell'uno o dell'altro metodo, sicché la decisione è rimessa all'amministrazione che la esterna nel bando di gara o lettera d'invito quale che sia la procedura di selezione; salvo utilizzare esclusivamente il rapporto Q/P nel dialogo competitivo come da esplicita previsione dell'art.64 del nuovo codice.

Per comprendere correttamente il significato da attribuire alle due metodologie, si propone un breve richiamo al metodo della OEPV. Come noto, il criterio consiste nella valutazione di una pluralità di elementi (cfr. elenco art.87 d.lgs. 163/2006 riprodotto quasi esattamente nell'art.95, co.6, d.lgs. 50/2016 oltre a varie significative innovazioni) o caratteristiche delle offerte, ciascuna delle quali conferisce un punteggio al concorrente; la somma dei punteggi attribuiti a tutti gli elementi o sub-elementi rappresenta il punteggio in gara di una determinata offerta. Ripetendo l'operazione per tutte le offerte ammesse si giunge al cd. *ordinamento* delle offerte. La metodologia prevede che si proceda per gradi: prima le valutazioni degli elementi cd. qualitativi⁹ che considerati a se stanti condu-

⁸ Cfr. Relazione al Parlamento anno 2012 dove si riportano dati eloquenti sui ribassi dei due criteri di aggiudicazione per le varie soglie d'importo a base di gara. Analogamente per i servizi di ingegneria e di architettura come si evince dalle indagini del CNI consultabili nel sito web.

⁹ Il metodo di valutazione dei componenti la commissione giudicatrice può variare da una pura discrezionalità a una discrezionalità attenuata e verificabile. Per approfondimenti sulla matematica applicata alle decisioni e sulle metodologie della "analisi di consistenza" delle valutazioni qualitative cfr. collana diretta da F. Caringella e G. De Marzo, vol. 3, "Le gare con l'offerta economicamente più vantaggiosa", D. Gregori e W. Toniati, Ipsoa, 2007. Riferimenti puntuali alla

cono a una sorta di graduatoria parziale delle offerte: si tratta in sostanza della sintesi degli elementi che non sono apprezzabili automaticamente con un algoritmo¹⁰. Alla graduatoria parziale si aggiungono i risultati della valutazione degli elementi apprezzabili in via automatica quali sono sempre: il tempo (è un parametro correntemente quanto inefficacemente utilizzato dalle stazioni appaltanti); i vari costi (ad esempio tariffe degli utenti, costi di manutenzione, costo della progettazione, prezzo di riuso, consumi, ecc.); quindi si somma il punteggio che compete al parametro *prezzo* offerto per realizzare l'opera o la prestazione.

Risulta d'importanza cruciale riflettere sul fatto che all'offerta economica si dà un punteggio attraverso una legge matematica indicata nel bando di gara: tale legge, in funzione delle dinamiche competitive che si intendono sollecitare nella gara, può essere concepita favorendo l'offerta di prezzi molto bassi rispetto al valore a base di gara; sia del contrario, nel senso di scoraggiare prezzi troppo aggressivi. Nel previgente ordinamento, in virtù di talune formule recate negli allegati del dPR 207/2010 (cfr. all. G, I, M e P) dove l'OEPV era tesa a totalizzare il massimo punteggio possibile (in totale 100), le leggi del prezzo esaltavano sempre la riduzione dell'importo a base di gara.

Segnatamente, la valutazione degli elementi quantitativi come il prezzo, il tempo, ecc., veniva effettuata con il criterio esposto alla lett.b), dell'All. G: interpolazione lineare tra il coefficiente pari a 1 attribuito al valore offerto considerato più conveniente (ad esempio il prezzo minore formulato nella gara), e il coefficiente pari a zero attribuito ai valori a base di appalto. Qualsiasi prezzo che si discostava da quello a base di gara (in quanto si riduceva come valore o che si incrementava in termini di ribasso percentuale) riceveva un coefficiente compreso tra 1 e zero: il punteggio si otteneva moltiplicando il coefficiente spettante all'offerta per il peso previsto nel bando. Un esempio correttamente svolto di tale procedura è riportato nella tab.1 che segue.

Tab.1 – Gara svolta secondo le metodologie dell'all.G, dPR 207/2010

| Concorrente | Punteggi al prezzo delle opere del progetto | Punteggi al tempo | Punteggi all'offerta tecnica (qualità in senso stretto) | Tot. | Ordinamento delle offerte |
|-------------|---|-------------------|---|-------|---------------------------|
| A | 40 | 10 | 28,82 | 78,82 | 2 |
| B | 28,74 | 6,12 | 17,1 | 51,96 | 4 |
| C | 23,54 | 1,84 | 21,72 | 47,1 | 5 |
| D | 32,33 | 4,94 | 24,07 | 61,34 | 3 |

analisi di consistenza si trovano anche a pag.39 della determinazione Avcp n.4 del 20.5.2009; con valore più che altro ricognitivo, vedasi anche determinazione n.7 del 24.11.2011.

¹⁰ La giurisprudenza ha stabilito che le valutazioni di elementi non misurabili devono essere accompagnate da una motivazione scritta, salvo che non siano il risultato del cd. *confronto a coppie* delle offerte. L'uso di tale metodologia è consigliabile perché consente la *verifica di coerenza* delle valutazioni operate dai componenti della commissione giudicatrice. Sul punto vedasi anche la citata determinazione Avcp n.4/2009. La difficoltà/impossibilità di individuare il *valore per punto* è in realtà il vulnus più grave della OEPV.

| Concorrente | Punteggi al prezzo delle opere del progetto | Punteggi al tempo | Punteggi all'offerta tecnica (qualità in senso stretto) | Tot. | Ordinamento delle offerte |
|-------------|---|-------------------|---|------|---------------------------|
| E | 33,15 | 5,71 | 41,04 | 79,9 | 1 |

Ciò premesso il rapporto qualità/prezzo (Q/P)¹¹ richiede che prima si operi la valutazione di tutti i parametri qualitativi e non qualitativi fatta eccezione del prezzo, quindi si calcoli il punteggio del solo prezzo (o dei prezzi se più d'uno): l'offerta è così rappresentata da un rapporto adimensionale tra il punteggio conseguito dagli elementi di valutazione escluso il prezzo (o prezzi) e il punteggio del prezzo. Per inciso, la raccolta di tutti gli elementi di valutazione dell'offerta in un unico parametro è necessario dovendosi calcolare un rapporto tra le sole variabili Q e P: del resto, nell'ottica di calcolo del rapporto Q/P, qualsiasi elemento di valutazione ad eccezione del prezzo deve confluire nel parametro Q.

Il fine della norma è quello evidente di orientare la competizione verso offerte caratterizzate da un'elevata qualità (al numeratore) e con un prezzo più basso rispetto a quello a base di gara (al denominatore) in modo da amplificare il più possibile il rapporto Q/P. E' bene evidenziare che l'algoritmo si adatterebbe perfettamente anche se non vi fosse un prezzo a base di gara e questo si originasse dalla proposta del concorrente.

Con finalità meramente speculative, in altre parole per cogliere appieno il passaggio tra vecchia e nuova OEPV, assumendo i dati della gara di tab.1, in tab.2 sono state riordinate le stesse offerte, questa volta secondo il rapporto Q/P, utilizzando però (provvisoriamente) gli stessi punteggi.

Tab.2 – Confronto tra la graduatoria della previgente normativa e il rapporto Q/P

| Concorrente | Punteggi al prezzo (compreso il prezzo del progetto) | Punteggi alla qualità (compreso il tempo) | Rapporto Q/P | Ordinamento delle offerte |
|-------------|--|---|--------------|---------------------------|
| A | 40 | 38,82 | 0,97 | 3 |
| B | 28,74 | 23,22 | 0,81 | 5 |
| C | 23,54 | 23,56 | 1,00 | 2 |
| D | 32,33 | 29,01 | 0,90 | 4 |
| E | 33,15 | 46,75 | 1,41 | 1 |

¹¹ In un diagramma con il "prezzo" sulle ascisse e il "punteggio" sulle ordinate, la funzione 1/P è una iperbole con due asintoti, mentre Q è un parametro che genera famiglie di iperboli.

Dalla tab.2 si può osservare che il primo classificato nella gara basata su Q/P rimane tale nei due ordinamenti (Q/P=1,41 in tab.1 oppure punti 79,9 in tab.2), mentre il resto della graduatoria si modifica. Al secondo posto si classifica una offerta (Q/P=1) che ha fatto registrare sia una scarsa qualità sia uno sconto piuttosto contenuto (è al secondo posto sul prezzo): dunque, in caso gli eventi amministrativi dell'appalto avessero comportato uno scorrimento della graduatoria, la seconda offerta non sarebbe risultata economicamente più vantaggiosa e ciò a svantaggio di concorrenti più meritevoli in termini di qualità e di prezzo ma penalizzati da un rapporto Q/P più basso.¹²

3.1 Una prima questione è se il risultato che vede la conferma dell'offerta al primo posto della graduatoria e la modifica del restante ordinamento sia generalizzabile, nel qual caso il metodo Q/P apparirebbe in un certo senso poco consono e rassicurante. Orbene, la tendenza sottolineata non si conferma come evidenziano i risultati della tab.3, dove si riporta ancora la stessa gara utilizzando questa volta i prezzi di offerta per il calcolo del rapporto Q/P. Con la sola accortezza di dividere i valori di tutte le offerte per il prezzo più basso cui compete il coefficiente adimensionale pari a uno; le altre offerte assumono coefficienti via via maggiori di uno; in sostanza operando la normalizzazione "inversa" al fine di facilitare la leggibilità del fattore Q/P, che diversamente si presenterebbe come un numero con molti zeri dopo la virgola di non facile lettura; ma nulla cambierebbe se si usasse il vero valore dell'offerta.

Tab.3 – Confronto tra il rapporto Q/P e le metodologie previgenti

| Concorrente | Punteggi al Prezzo | Punteggi alla Qualità | Rapporto Q/P | Ordinamento Q/P |
|-------------|--------------------|-----------------------|--------------|-----------------|
| A | 1 | 38,82 | 38,82 | 2 |
| B | 1,14 | 23,22 | 20,38 | 4 |
| C | 1,20 | 23,56 | 19,61 | 5 |
| D | 1,10 | 29,01 | 26,47 | 3 |
| E | 1,08 | 46,75 | 43,16 | 1 |

La tab. 3 evidenzia che l'ordinamento delle offerte con il rapporto Q/P è il medesimo della OEPV ottenuta nel sistema previgente. In sostanza il prezzo "riduce" il punteggio che un'offerta ha guadagnato con la qualità, con la sola eccezione dell'offerta più bassa. Il prezzo non richiede neppure più l'attribuzione di un peso (ponderazione dei vari elementi di giudizio).

¹² La previsione del comma 15, art.95, secondo cui una pronuncia giurisdizionale post gara non rileva ai fini del calcolo della media ecc., non sarebbe sufficiente a evitare l'inconveniente segnalato.

Tale risultato pone alcuni interrogativi e in primis se i due metodi siano o meno equivalenti. In secondo luogo se, per assurdo, una posizione molto elevata nella graduatoria si possa conseguire non favorendo la competizione sul terreno della qualità dell'offerta tecnica, bensì operando sulla riduzione del valore dell'importo rispetto alla base di gara. In tal modo si favorirebbero strategie di gara dove i concorrenti tenderebbero ad associare una ridotta qualità a un grande sconto sul prezzo a base di gara; se nella gara non vi fossero miglioramenti o fossero di poco variabili da una offerta all'altra, la gara sarebbe sottoposta solo alla legge dominante del ribasso percentuale (si pensi ad es. alla fornitura di prodotti di qualità standard). Per evitare che il metodo conduca a risultati inaccettabili, si potrebbe adottare una legge dei punteggi con una formula lineare (inversa) con *prezzo soglia*, dove la soglia è una sorta di sconto minimo che l'amministrazione richiede al concorrente senza rendere però la competizione troppo aggressiva.¹³ Le formule di tal genere ripropongono però temi già dibattuti: i concorrenti tenderebbero a proporre prezzi attestati intorno al valore soglia e di conseguenza il parametro P verrebbe di fatto neutralizzato. Oppure si potrebbe introdurre nel bando una qualsiasi altra legge dove l'incremento del punteggio in ragione del ribasso percentuale si attenui via via che l'offerta si riduce rispetto alla base di gara.¹⁴

3.2 Una condizione naturalmente performante della formula Q/P, sarebbe quella di competizioni nelle quali manchi un valore economico a base di gara e le offerte siano le più diverse tra loro, oppure dove sia possibile l'aumento del prezzo a base di gara; come detto però le procedure nelle quali ciò è consentito per i contratti di lavori sono residuali. In ogni caso, il metodo è inutilmente complesso nelle procedure che pongono, quasi tutte, un prezzo a base di gara e che non può essere superato: anzi, il superamento di tale importo comporta che l'offerta sia considerata inammissibile alla stregua di un'offerta non congrua (cfr. art.59, comma 4, lett.e, codice). Con la complicazione che negli appalti di lavori (ma anche di forniture) non vi è un solo prezzo e quindi occorre più di una legge. Una ulteriore strategia per impedire un eventuale effetto distorsivo del prezzo (al denominatore) è l'introduzione di una "*soglia di sbarramento*" rispettosa dei principi di proporzionalità e adeguatezza¹⁵: i concorrenti non potrebbero trascurare il miglioramento dell'offerta (elevazione del fattore Q) per avere *chance* di successo. Da rilevare che il rapporto qualità/prezzo non richiede il ricorso ai cd. metodi multicriteri di cui ai citati allegati del DPR 207/2010, sicché esso sotto tale profilo costituisce sicuramente una semplificazione.

¹³ Un esempio di formula lineare inversa con soglia: $P_i = N [1 - (P_b - P_{of}) / (P_b - P_t)]$ dove N è il punteggio previsto nel bando; P_{of} è il prezzo dell'offerta; P_t è il prezzo soglia indicato nei documenti di gara; P_b il prezzo a base di appalto che si può assoggettare a ribasso. La soglia è un vero e proprio discrimine superato il quale il prezzo perde rilevanza.

¹⁴ Le leggi paraboliche si adattano bene a tale funzione: prima crescono rapidamente e poi si attenuano.

¹⁵ La soglia di sbarramento - valore fissato negli atti di gara al disotto della quale l'offerta deve essere accantonata in quanto non sufficientemente qualificata - dell'art.83, co.2. d.lgs. 163/2006 è stata riprodotta nel comma 8, dell'art.95, con una formulazione di "*forcella*" non molto chiara.

3.3 E' da segnalare che per garantire l'effettività della OEPV sarebbe necessario porre a base di gara un livello di progettazione non esecutiva, che consenta di recepire miglioramenti che non siano solo di facciata: per i contratti di lavori sarebbe ottimale il "*progetto di fattibilità tecnica ed economica*" di cui all'art.23 del nuovo codice. Ma ciò di norma non è consentito avendo previsto che gli appalti di lavori sono affidati sulla base di un progetto esecutivo (cfr. art. 59, comma 1, nuovo codice); a parte il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione nonché i contratti di partenariato, quest'ultimi contratti sulla base di un progetto definitivo (cfr. art.181, comma 2, nuovo codice). Nei suddetti casi dovrebbero peraltro definirsi in modo inequivocabile i limiti oltre i quali l'offerta si debba escludere dalla gara per aver introdotto modifiche sostanziali (per una ricognizione puntuale cfr. art.106, co.6, d.lgs. 50/2016): problematiche sulle quali il Consiglio di Stato ha dettato insegnamenti che rimangono validi anche dopo le recenti direttive e la pubblicazione del nuovo codice.¹⁶

Vale infine richiamare l'attenzione sulla qualità della progettazione: infatti se la progettazione è stata correttamente svolta e così l'attività di verifica/validazione, in sede di gara non rimangono margini di miglioramento, né si può affidare al criterio di aggiudicazione una funzione correttiva impropria della progettazione; sempre che non venga addirittura peggiorata la soluzione originaria.¹⁷

I temi dei miglioramenti possibili in fase di gara, dovrebbero essere anticipati nella relazione del progetto per verificarne *ex ante* le motivazioni e l'utilità: ciò consentirebbe di scongiurare sia le forzature per giustificare l'OEPV, sia addirittura le più raffinate previsioni per il condizionamento della gara. In tale ottica è da segnalare una importante previsione recata all'art.23, comma 15, d.lgs.50/2016 a proposito della progettazione dei (soli) servizi secondo cui il capitolato prestazionale deve indicare: "*aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa*" e "*conseguentemente i criteri premiali da applicare all'offerta ... fermo restando il divieto di modifica sostanziale*". Per inciso, la disposizione del comma 15 in commento reca anche, coerentemente all'art.106 del nuovo codice, l'onere del capitolato di specificare "*le modifiche delle condizioni negoziali durante il periodo di validità*". In sostanza, la pubblicazione negli atti di gara delle possibilità di miglioramento in sede di studio dell'offerta, sarebbe particolarmente efficace sotto il profilo della tutela del mercato e della concorrenza.

4. Quanto alla individuazione della OEPV "*sulla base dell'elemento prezzo o del costo*", per giungere all'ordinamento delle offerte non si deve far altro che operare la somma di tutti i punteggi assegnati compresi quelli del prezzo. Vale a dire, fatta la graduatoria parziale tra le offerte sulla ba-

¹⁶ Il problema della ammissibilità delle varianti migliorative in fase di gara è al centro di un frequente contenzioso; cfr. *ex multis* TAR Milano, Sez. III, Sentenza n.2681 del 3.12.2013.

¹⁷ Sui rischi legati alla competenza della commissione giudicatrice cfr. L. Miconi, "Cautele da osservare nel criterio della offerta economicamente più vantaggiosa", Ambiente e Sicurezza, Il Sole24 ore, Milano, 2003.

se degli elementi prestazionali (qualità tecnica, ecc.), l'aggiudicazione si opera aggiungendo l'elemento prezzo, quindi pervenendo a una graduatoria definitiva. Questa volta il parametro prezzo deve assumere il medesimo ruolo premiante che aveva nella previgente disciplina dovendosi "correggere" la graduatoria parziale basata solo sulla qualità. Nulla di nuovo rispetto al dPR 207/2010 (allegati G, I, M e P). Con la notazione che la scelta delle modalità di applicazione della OEPV (OEPV sulla base del miglior rapporto Q/P o sulla base del costo/prezzo) è rimessa all'amministrazione aggiudicatrice, che potrebbe mantenere - salvo i casi residuali segnalati - la consuetudine del previgente meccanismo di aggiudicazione. Anche la modalità in esame non richiede i metodi multicriteri di cui ai citati allegati del dPR 207/2010.¹⁸

5. Anche l'applicazione del criterio del *minor prezzo* merita alcune riflessioni. Come è noto, una volta effettuato l'ordinamento dei ribassi in ordine decrescente, l'aggiudicazione cade a favore dell'offerta che ha proposto il *minor prezzo* o il *massimo ribasso* percentuale, purché l'offerta sia giudicata congrua¹⁹. Se il (primo) *minor prezzo* o *massimo ribasso* non risultasse congruo, si prenderebbe in considerazione la seconda offerta in graduatoria che diventerebbe il (secondo) *minor prezzo* o *massimo ribasso* per la quale si ripeterebbe la verifica di congruità: se questa fosse congrua diventerebbe aggiudicataria e la ricerca si fermerebbe. La ricerca dell'aggiudicataria procede fino a quando non si raggiunge la *soglia di anomalia* che è il valore al disopra del quale (se l'ordinamento è fatto con i valori di ribasso) le offerte sono definite convenzionalmente "*anormalmente basse*". In altre parole, le offerte meno elevate, che non superano tale soglia di anomalia, sono accettabili per definizione (salvo casi particolari, cfr. comma 6, art.97, ultimo periodo). Il processo è dunque tanto più lento quanto maggiore risultino le offerte *anormalmente basse*; infatti la verifica dei giustificativi di una offerta anomala, è molto complessa (cfr. comma 5, art.97) e prevede obbligatoriamente, tra l'altro, l'audizione del concorrente prima della sua esclusione (cfr. comma 7, art.97). Per inciso, nell'art.97, comma 7, sembra che la consultazione del concorrente sia prescritta solo se l'offerta è anormalmente bassa a causa di un aiuto di stato; invece per l'ordinamento comunitario, cui ha sempre aderito la giurisprudenza italiana, l'audizione prima della esclusione è obbligatoria in tutti i casi (in tal senso disponeva l'art.88, co.4, d.lgs. 163/2006).

5.1 Fatta tale premessa, interessa ora evidenziare due aspetti della norma. Il primo è che la stazione appaltante, ai sensi del comma 8, dell'art.95, al disotto delle soglie comunitarie di cui all'art.35, può prevedere nel bando di escludere automaticamente tutte le offerte *anormalmente basse*, aggiu-

¹⁸ Le valutazioni dei componenti la commissione giudicatrice vengono riassunte nella c.d. *matrice delle decisioni*. Da tale matrice si giunge all'ordinamento delle offerte con algoritmi molto semplici in cui si sommano i punteggi di ciascun elemento; è possibile impiegare anche metodi più complessi e raffinati ma spesso inutili.

¹⁹ Se la congruità debba essere accertata dal RdP o dalla commissione giudicatrice è di nuovo al centro del dibattito come si evidenzia nel documento di consultazione Anac circa i compiti del medesimo RdP. Sussistono argomenti forti e numerosi in favore della prima ipotesi, oltre che della giurisprudenza seppur risalente.

dicando il contratto alla prima offerta che non raggiunge detta soglia; in tal modo evita qualsiasi verifica di congruità con innegabili vantaggi sia sul piano procedurale sia del contenzioso con i concorrenti esclusi.

Un aspetto assai critico però è dovuto alle nuove modalità di valutazione della *soglia di anomalia* introdotte con l'art.97, comma 2: riassumendo, queste devono essere sorteggiate dalla commissione giudicatrice tra 5 possibili criteri (e sub-criteri) come segue:

- a) la soglia di anomalia è calcolata come nella previgente disciplina dell'art.86, co.1, d.lgs. 163/2006;
- b) la soglia di anomalia è pari alla media dei ribassi percentuali con esclusione del 10 % (cfr. successivo paragrafo 6.2): se però, la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi di tutte le offerte ammesse è dispari, la media è decrementata di un valore percentuale pari a tale cifra; se la cifra dopo la virgola è pari o uguale a zero, la media resta così individuata;²⁰
- c) la soglia di anomalia è pari alla media dei ribassi delle offerte incrementata del 20 %;
- d) la soglia di anomalia è pari alla media dei ribassi *assoluti* delle offerte, decurtata del 20 %;
- e) la soglia di anomalia è come nell'art.86, co.1, d.lgs. 163/2006, dove la media degli scarti deve essere moltiplicata per un altro coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice al suo insediamento tra i valori: 0.6, 0.8, 1, 1.2, 1.4; è necessario addirittura un secondo sorteggio tra i cinque coefficienti dinanzi indicati qualora il primo sorteggio abbia esitato questo metodo di calcolo della soglia.

Sempre a titolo speculativo, un esempio delle nove possibili soglie di anomalia per una gara con n.11 offerte ammesse è riportato nella seguente tab.4.

Tab.4 – Il sorteggio della soglia di anomalia nel criterio del *minor prezzo*

| serie ordinata dei ribassi (n.11) | Offerte anormalmente basse ex art.86, comma 1, d.lgs.163/2006 | | | | Offerte anormalmente basse ex art.97 d.lgs. 50/2016 | | | | | | | | |
|-----------------------------------|---|-------|-------------------|-----------------|---|------------------|-------|-------|-------|--------|---------|--------|-------|
| | taglio delle ali | media | scarto aritmetico | offerte anomale | a) | b) ²¹ | c) | d) | e), I | e), II | e), III | e), IV | e), V |
| 25,25 | | 15,52 | 9,7 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | 25,25 | |
| 24,1 | | | 8,6 | 24,1 | 24,1 | 24,1 | 24,1 | 24,1 | 24,1 | 24,1 | 24,1 | | |
| 23,8 | 23,8 | | 8,3 | 23,8 | 23,8 | 23,8 | 23,8 | 23,8 | 23,8 | 23,8 | 23,8 | | |
| 18,3 | 18,3 | | 2,8 | | | 18,3 | | 18,3 | | | | | |
| 15,5 | 15,5 | | | | | 15,5 | | 15,5 | | | | | |
| 14,6 | 14,6 | | | | | 14,6 | | 14,6 | | | | | |
| 13,25 | 13,25 | | | | | | | 13,25 | | | | | |
| 12,18 | 12,18 | | | | | | | | | | | | |
| 11 | 11 | | | | | | | | | | | | |
| 10,45 | | | | | | | | | | | | | |

²⁰ Il disciplinare di gara dovrà indicare il numero di cifre dopo la virgola per l'arrotondamento.

²¹ Cfr. modalità di calcolo della soglia di anomalia nella sub fattispecie lett.b) al paragrafo 5.2.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|--------------------|--------|--|------|-------|---|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|------|--|
| 9,28 | | | | | | | | | | | | | | |
| 177,71 | 108,63 | | 7,34 | 22,86 | 22,86 | 13,26 | 19,39 | 12,92 | 19,92 | 21,39 | 22,86 | 24,33 | 25,8 | |
| soglia di anomalia | | | | | nuove soglie di anomalia da scegliere con sorteggio | | | | | | | | | |

Come indicato esplicitamente al comma 2 dell'art.97, le finalità di determinare l'anomalia attraverso un sorteggio sono volte a impedire la predeterminazione dell'offerta aggiudicataria: infatti l'alterazione della gara e quindi della soglia di cui alla lett.a) del paragrafo 5.1, è possibile se si può contare su una o più delle seguenti circostanze:

- si dispone in via preliminare dei ribassi delle offerte (questione tutta esterna alla pubblica amministrazione, che rimane di solito passiva);
- i ribassi di una o più offerte, ma non tutte, possano essere cambiati dopo la scadenza del termine di presentazione (ingerenza presso gli uffici nella lunga fase di custodia della documentazione);
- uno o più ribassi possano essere "soppressi" con esclusioni dell'ultimo momento (intervento della commissione di gara o del RdP);
- un'offerta o più d'una siano formulabili prima della scadenza del termine di presentazione di cui al bando di gara, una volta note tutte le altre o gran parte di esse (azione di disturbo mista interna ed esterna).

Tornando alla tab.4, è facile osservare che il sorteggio può condurre a valori della soglia di anomalia anche molto divergenti: in alcuni casi la soglia supera tutte le offerte - e), V - quindi nessuna offerta risulterebbe *anormalmente bassa* e l'aggiudicazione cadrebbe a favore del ribasso più elevato senza alcun filtro sulla serietà dell'offerta; in altri casi quasi tutte le offerte in gara sarebbero anomale e quindi escluse - e) IV - sicché si avrebbe una gara "senza effetti" (se il minimo e il massimo dei ribassi sono vicini si veda il punto 5.2)²². Non si può neppure escludere che il seggio di gara debba procedere a sorteggi successivi al primo (se con espressa previsione nel bando di gara) per assicurare un esito alla gara in assenza di un aggiudicatario con il primo criterio sorteggiato; ma ciò non senza il rischio di contenzioso da parte dei soggetti potenzialmente aggiudicatari "al primo turno". La ripetizione renderebbe però, da un lato, più prevedibile l'esito della gara a chi si dedicasse a una simulazione, dall'altro richiederebbe che tutti i sorteggi avvenissero in sede pubblica per evidenti fini di trasparenza.

5.2. E' altresì da sottolineare che la formulazione del co.2, lett.b), art.97, non è chiara: non si comprende se con le parole "*con esclusione del 10 %*" si voglia indicare la eliminazione dalla media di 10 offerte qualsiasi, che quindi si dovrebbero estrarre a sorte tra quelle ammesse, oppure se si

²² In una gara simulata con 11 offerte composte a partire dal 15 % e distanziate di 0,5 punti fino al 20 %, si avrebbe una soglia di anomalia pari al 14 %, cioè inferiore alla offerta più bassa del 15%.

tratti di una riproduzione incompleta del taglio delle ali come alla lett. a) dello stesso comma; oppure ancora se la eliminazione debba riguardare solo le offerte di maggior ribasso. Nell'esempio di tab.4, si è data la terza lettura sia perché la norma non ha precisato il secondo sorteggio, sia perché appare logico scartare le "peggiori", appunto situate nelle parti più estreme della *serie ordinata* delle offerte e perciò definite in gergo "ali"²³. Manca inoltre il richiamo all'arrotondamento all'unità superiore del numero di offerte da eliminare, dato che il numero dei partecipanti è sempre un intero. E' evidente che a una diversa lettura della lett.b), corrisponde un altro valore della soglia di anomalia rispetto a quanto riportato nella tab.4.

Occorre altresì evidenziare le criticità della lett.d): se il valore della media è elevato e nel contempo le offerte variano in un *range* contenuto, la decurtazione del 20 % della media comporta una soglia di anomalia sempre al disotto del valore di ribasso più piccolo; sicché tutte le offerte sono da escludere ove si sia fatto ricorso all'aggiudicazione automatica di cui al comma 8, art.97. Analoga tendenza riguarda due sub-fattispecie della lett.e): in una prima, il coefficiente 1,2 di secondo sorteggio, porta di norma a una soglia di anomalia troppo alta con la conseguenza che le offerte sono tutte congrue; una seconda è nella previsione del coefficiente pari a 1, che riproduce la fattispecie lett.a) già prevista, quindi per essa si raddoppiano le possibilità di sorteggio senza alcuna apparente motivazione. Inoltre, anche se non si può generalizzare, sembra di scorgersi la tendenza dell'algoritmo a riprodurre lo stesso gruppo (numero) di offerte anormalmente basse, il che depotenzierebbe i desiderati effetti anticorruzione.

Infine si sottolinea che la fattispecie della lett.e) associata a un coefficiente 1,4 porta di regola a una soglia di anomalia superiore al massimo ribasso: l'aggiudicazione tramite l'esclusione automatica potrebbe fornire risultati discutibili in quanto tutte le offerte sono accettabili, salvo le valutazioni di congruità ai sensi del comma 6, ultimo periodo dell'art.97; ma ciò contrasterebbe con le finalità di semplificazione.

5.3. Da quanto dinanzi illustrato sembra lecito chiedersi se una tale metodologia sia accettabile a fronte di risultati talora così illogici. Se il bando prevede l'esclusione automatica, l'aggiudicazione è affidata a esiti non ancorabili a una scelta tecnicamente valida laddove, la classificazione di una medesima offerta, al disopra o al disotto della soglia di anomalia, non dovrebbe dipendere dal caso ma da elementi intrinseci della stessa. Con un effetto deleterio sull'attendibilità dell'offerta in quan-

²³ Sulla necessità di scartare le offerte estreme, cioè troppo basse o troppo alte, si è pronunciato più volte il CS: la ratio è quella di contemperare da un lato l'esigenza di eliminare offerte di disturbo e dall'altra di prendere in considerazione solo le offerte tecnicamente più valide. Il dibattito era incentrato anche sulla serietà dell'offerta tanto che in origine, con l'emanazione del d.lgs. 163/2006, le offerte dovevano essere corredate dei cd. giustificativi. Il precetto fu in seguito rapidamente abbandonato per supposte ragioni di appesantimento dell'onere di predisposizione delle offerte.

to gli operatori non vedrebbero ripagato l'impegno a uno studio economico approfondito della propria proposta.

Le disfunzioni dinanzi segnalate sarebbero ancor meno accettabili per gare in cui non si faccia riferimento alla esclusione automatica, per i pesanti riflessi sulle procedure in termini di durata della sequenza iterativa e complessità delle verifiche di congruità (di norma evitate dalle stazioni appaltanti). Il principio dell'interesse pubblico alla scelta di un giusto contraente dovrebbe valere al pari della lotta alla corruzione: peraltro, qualora le offerte fossero comunque nella disponibilità di un centro decisionale esterno all'amministrazione, i sorteggi sarebbero vanificati da altrettante simulazioni. Con l'aggravante che le gare dove si possa optare per l'esclusione automatica, o con il criterio del *minor prezzo* nel regime sotto-soglia, non sono celebrate da una commissione estratta dall'Albo dei commissari di cui all'art.78 del d.lgs. 50/2016; al riguardo sembra quanto mai opportuno che il Piano anticorruzione ex legge 190/2012 (per approfondimenti cfr. determinazione Anac n.12/2015) includa anche il monitoraggio dei risultati dei sorteggi (da effettuarsi in sedute pubbliche).

In conclusione, sul punto, siffatte problematiche fanno concludere che il meccanismo nel suo complesso non sia rispettoso dei principi di adeguatezza e di proporzionalità: in molti casi non risulta performante in altri si avrebbe la ripetizione della gara e dei sorteggi oppure si produrrebbe una disparità di trattamento dei concorrenti in gare simili con gli stessi ribassi. Peraltro, è singolare che nessuna misura anticorruzione abbia interessato il criterio della OEPV: qui la soglia (*rectius* le soglie), concepita in modo da essere superata assai raramente – forse nella convinzione che l'anomalia dell'offerta sia meno importante nella OEPV - rimane statica nonostante sia notoriamente molto ampia la discrezionalità delle valutazioni.

6. In realtà il comma 1, dell'art.97, oltre al giudizio strettamente tecnico sulla congruità, introduce altri elementi non facilmente circoscrivibili: *serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta*.

Si tratta di caratteristiche che richiedono valutazioni non propriamente o necessariamente afferenti la congruità e sempre molto discrezionali, una sorta di ulteriore riserva di sindacato. Non si comprende se le dette caratteristiche siano già confluite tutte nel comma 4 dello stesso articolo dove sono indicate le voci da investigare per esprimere il giudizio di ammissibilità (come prevedeva il co.2, art.88 d.lgs. 163/2006), oppure se esse possano costituire una espansione del concetto di congruità. Tesi quest'ultima dotata di una certa ragionevolezza visto che all'art.88 del d.lgs. 163/2006 non si prevedevano tali attributi in capo all'offerta aggiudicataria. Quanto alle specifiche aggettivazioni dinanzi richiamate, si rileva che queste si attagliano di più alle caratteristiche proprie di una progettazione e non all'offerta dei concorrenti: infatti, l'art.23, comma 1, del nuovo codice, riporta una serie di obiettivi o finalità che devono essere garantiti dalla progettazione, in special modo del primo livello (ora) denominato *progetto di fattibilità tecnica ed economica*; diversamente, è necessario che

gli elementi concreti riconducibili di volta in volta a dette caratteristiche siano indicati preventivamente nel bando di gara e nei documenti annessi.

Per un principio di prudenza, sembra che ogni valutazione sulle offerte *anormalmente basse* non possa che essere racchiusa nell'esame dei giustificativi, in merito ai quali, quindi, i documenti di gara dovranno fornire eventualmente indicazioni più ampie di quelle recate al comma 4; va da sé che il vaglio di detti elementi, inevitabilmente sfuggirebbe se si prevedesse l'esclusione automatica.

7. Ai sensi dell'art.220 del d.lgs. 50/2016 i criteri di aggiudicazione dell'art.95 sono già applicabili. In attesa della pubblicazione dei *bandi tipo* dell'Anac e per evitare possibili contenziosi, nei bandi di gara si dovrebbe tener conto, cautelativamente e in modo differenziato per contratti di lavori, servizi o forniture, di alcune criticità che la norma potrebbe presentare in fase di applicazione.