

Metodi per individuare le offerte anomale, la classificazione delle offerte e la verifica di congruità, il riconoscimento dei collegamenti sostanziali e il contrasto della turbativa di gara, alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e degli aggiornamenti recati dai decreti correttivi e dalla bozza di Regolamento generale.

(Leonardo Miconi)¹

SOMMARIO: 1. I criteri di aggiudicazione e le indicazioni delle direttive. - 2. Il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. - 3. La valutazione della soglia di anomalia nel criterio del prezzo più basso. - 3.1 La soglia di anomalia nella legislazione siciliana. - 3.2 La soglia di anomalia nella bozza di Regolamento generale - 4. Il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa. - 5. La soglia di anomalia nel criterio della offerta economicamente più vantaggiosa. - 6. La scelta dell'offerta aggiudicataria. - 6.1 La valutazione degli elementi quantitativi. - 6.2. La valutazione degli elementi qualitativi con il metodo del confronto a coppie. - 6.3. La classificazione delle offerte con il metodo aggregativo-compensatore. - 6.4. La classificazione delle offerte con il metodo ELECTRE. - 6.5. Il metodo ELECTRE secondo il Reg. n.554/99. - 7. La valutazione della congruità delle offerte. - 8. La turbativa di gara - 9. La turbativa di gara e i collegamenti sostanziali - 10. Un metodo per il riconoscimento della turbativa di gara basato sui soli ribassi - 11. Osservazioni conclusive.

1. *I criteri di aggiudicazione e le indicazioni delle direttive.* Quando una stazione appaltante deve affidare un appalto di lavori, servizi o forniture, questa richiama l'attenzione degli operatori economici con la pubblicazione di un bando di gara,² bando da compilarsi secondo regole stringenti per indicare i requisiti dei partecipanti nonché i dati e le informazioni sul progetto.³

Tali regole, recate al Capo II, Titolo I, Parte II del Codice sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al D.Lgs. 12.04.2006 n.163, prendono il nome di *procedure di scelta dei concorrenti*.⁴

I concorrenti, a loro volta, sono chiamati a proporre una offerta con modalità di volta in volta diverse, secondo la procedura adottata dalla stazione appaltante: aperta, ristretta, negoziata - con o senza previo bando di gara - e dialogo competitivo.

Se la procedura non prevede la pubblicazione del bando di gara, le informazioni necessarie ai

¹ Dirigente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

² Vedasi l'art.65 del D.Lgs. 12.04.2006 n.163 e gli schemi per la compilazione dei bandi e avvisi negli allegati IX A, IX B e IX C al medesimo Codice.

³ La previsione di un "progetto" da porre a base della gara o dell'affidamento anche per i servizi e le forniture è stata introdotta dall'art.94 del D.Lgs. 12.04.2006 n.163; cfr anche art.29, comma 4, a proposito del divieto di frazionamento del "progetto di acquisto di forniture". Le norme di dettaglio sui livelli e contenuti di tale progettazione sono rinviate al regolamento di cui all'art.5 del Codice, di prossima emanazione.

⁴ Per una ricognizione completa e un esame approfondito delle novità introdotte dal D.Lgs. 12.04.2006, n.163, dal D.Lgs. 26.01.2007, n.6, nonché dalla legge finanziaria per il 2007, vedasi ROSANNA DE NICTOLIS, "Il nuovo Codice degli appalti pubblici", II Edizione, EPC Libri, Roma, 2007. Per gli aggiornamenti recati dal secondo decreto correttivo - D.Lgs. 31.07.2007, n.113 - cfr stessa Autrice in "Le novità recate dal secondo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici e le ulteriori sopravvenienze normative", atti del convegno IGI, 18 settembre 2007, Roma.

concorrenti per la formulazione dell'offerta sono contenute nella lettera di invito⁵.

Tra i concorrenti o candidati proponenti l'offerta, si provvede a sceglierne uno con l'applicazione dei c.d. *criteri di selezione delle offerte* o criteri di aggiudicazione, recati al Capo III del medesimo Titolo I, Parte II, del Codice.

A parte il progetto e il bando di gara - già molto eloquenti sul profilo dell'operatore in grado di aggiudicarsi l'appalto -, i criteri di aggiudicazione sono decisivi per la scelta del contraente e per questo hanno costantemente richiamato l'attenzione del legislatore comunitario e nazionale; attenzione volta a rendere tali metodi possibilmente oggettivi, meno discrezionali e al tempo stesso adatti a scegliere un esecutore di adeguata capacità tecnica.

Il legislatore nazionale, con la legge 14.02.1994, n.109, emanata sotto la spinta di Tangentopoli, aveva finanche perseguito l'idea di poter affidare tale scelta ad un perfetto automatismo nell'intento di eliminare ogni ingerenza della amministrazione aggiudicatrice (cfr art.21 comma 1-bis della l.q.).

Il legislatore comunitario si è invece orientato - con le direttive 2004/18 e 2004/17 - alle esigenze di tutela del mercato, laddove, con il considerando n. 46, ha indicato il criterio del *prezzo più basso* e il criterio della *offerta economicamente più vantaggiosa*,⁶ quali unici criteri di aggiudicazione in grado di garantire: la obiettività, la trasparenza, la non discriminazione, la parità di trattamento e, soprattutto, la effettiva concorrenza tra i concorrenti.

I detti criteri sono stati recepiti dall'art. 81 del Codice⁷ - da applicare anche ai servizi e alle forniture data la sua collocazione nel titolo I della Parte II del Codice - anche se in realtà tali criteri erano già consolidati nell'ordinamento italiano, seppure il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa veniva circoscritto a casi specifici.

Invero, la legge n.109 del 1994, proprio a causa della sfiducia riposta nel metodo, restringeva il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa agli appalti al disopra di 10 milioni di euro, alla fattispecie dell'appalto integrato nonché all'affidamento delle concessioni di gestione e costruzione.

Non così invece per gli altri contratti pubblici: per le forniture, l'art.19 del D.Lgs. n.358 del 1992 consentiva l'applicazione indifferentemente dell'uno o dell'altro metodo e così pure

⁵ E' interessante verificare la coerenza degli elementi indicati nella lettera di invito con quelli del bando; in particolare i requisiti di ammissione.

⁶ Sul metodo in generale vedasi M. LIPARI, "L'offerta economicamente più vantaggiosa", in *giustamm.it*.

⁷ Per i commenti agli articoli da 81 ad 89 del Codice vedasi, F. COCCOLI, "Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse", in AA.VV. a cura di M. SANINO, Utet, Torino, 2006, da pag. 339 a pag. 375.

l'art. 23 del D.Lgs. n.157 del 1995 sull'affidamento dei contratti di servizi.⁸ Ed ancora, la stessa libertà di scelta tra i due criteri, si ritrovava nell'art. 25 del D.Lgs. n.158 del 1995 sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dei c.d. settori speciali.⁹

A fronte dell'assunto comunitario di cui al richiamato considerando n.46, non si rinvengono nella normativa criteri diversi da quelli enumerati dalla direttiva 2004/18 se si tralasciano archetipi assai risalenti, in disuso o superati.

I vecchi criteri risentivano piuttosto della procedura di scelta del contraente: nella licitazione privata si applicava la legge n.14 del 1973¹⁰ recante il criterio del prezzo più basso senza prefissione di limiti in aumento o in diminuzione, con una serie di varianti (le c.d. medie mediate e inferiori di cui alle lett. b, c, d dell'art.1 legge n.14/1973) volte ad attenuare l'eccessivo ribasso di aggiudicazione; oltre alla "offerta a prezzi unitari" consistente nel formulare l'offerta attraverso i prezzi elementari di ciascuna lavorazione al fine di consentire un qualche controllo dell'offerta.

Mentre nell'appalto concorso, la legge n.584 del 1977 (di recepimento della direttiva 1971/305) introduceva, quale assoluta novità per l'epoca, l'offerta economicamente più vantaggiosa, con la quale si perdeva il carattere più o meno automatico dell'aggiudicazione e il prezzo non costituiva più un fattore determinante per la valutazione delle offerte.¹¹

Perciò i due criteri in parola non sono nel Codice più stringenti di quanto non lo fosse la normativa previgente, segnatamente se si prendono in considerazione le numerose pronunce del Consiglio di Stato in ordine ai loro aspetti applicativi, cui normalmente si sono conformate le stazioni appaltanti; pronunce trasfuse nel Codice su indicazione della legge 18.04.2005, n.62, artt.24 e 25, c.d. legge comunitaria 2004.

E' ancora da richiamare il divieto previsto dal Codice - in aderenza alla direttiva 2004/18 - di applicazione del criterio del prezzo più basso agli appalti da affidarsi con il dialogo competitivo (cfr art.58) e alla esclusione nella scelta dei prestatori - cfr cons. n.47 e comma 2 art.53 - di servizi o prodotti la cui remunerazione è disciplinata da leggi specifiche - leggesi

⁸ Per approfonditi commenti sulla normativa delle forniture prima del Codice vedasi, "U. REALFONSO, C. GALTIERI, I. DEL CASTILLO, in "Appalti pubblici di forniture", II Edizione, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004.

⁹ I *settori speciali* sono disciplinati nella Parte III del Codice e comprendono: gas, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, prospezioni ed estrazioni di combustibili, porti ed aeroporti. Si differenziano dai c.d. settori ordinari (cioè tutti gli altri settori soggetti al Codice) principalmente per il sistema di qualificazione dei concorrenti e per i criteri di pubblicità, termini e contenuti ecc. dei bandi gara. A tali settori non si applicano, tra l'altro, i precetti del Codice sulla progettazione e sulla individuazione dei prezzi da porre a base di gara.

¹⁰ Per i criteri di aggiudicazione nella legislazione previgente il Codice, vedasi CIANFLONE e GIOVANNINI, "L'Appalto di opere pubbliche", XI edizione, Milano, Giuffrè Editore, ed. 2003, pag. 467 e seguenti.

¹¹ Solo con l'art.29 del D.Lgs. n.406 del 19.12.1991 al prezzo doveva essere attribuita importanza prevalente rispetto agli altri elementi di valutazione.

prestazioni intellettuali¹² e forniture di libri scolastici i cui prezzi sono fissati da leggi.

A parte le limitazioni tassative ricordate, la scelta dell'uno o dell'altro metodo è rimessa alla stazione appaltante (cfr art. 81 comma 2) e tale scelta si collega necessariamente al tipo di oggetto a base di gara.¹³

Se si prevede di acquisire dai concorrenti anche i livelli di progettazione, allora è più consono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come pure nel caso siano ammesse varianti al progetto a base di appalto (cfr art. 76). Se si dispone di un progetto esecutivo del quale non si ricercano miglioramenti e non si temono gli effetti di un ribasso eventualmente elevato, si opta per il criterio del prezzo più basso. In breve, entra in gioco la strategia amministrativa della stazione appaltante.

2. *Il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.* Il criterio del prezzo più basso (art.82) prevede l'aggiudicazione all'offerta con ribasso percentuale più elevato rispetto all'importo a base di appalto riportato nel bando di gara o nell'invito.¹⁴

In tale criterio, è da rimarcare l'assenza di qualsiasi attenuazione della competizione tra i concorrenti in quanto il Codice, e qui risiede una rilevante innovazione rispetto al previgente art.21 della legge n.109/94, ha eliminato il meccanismo della esclusione automatica delle offerte anomale.

I concorrenti dispongono del solo strumento del prezzo per avere ragione della gara e ciò può indurre, in ipotesi, a valori dei ribassi di aggiudicazione troppo elevati e incompatibili con la buona esecuzione del contratto.

Per contrastare tali evenienze il Codice ha previsto un contrappeso assai efficace, consistente nell'obbligo della stazione appaltante di verificare l'attendibilità economica dell'offerta attraverso la c.d. verifica di congruità dell'offerta medesima (cfr art. 86 comma 1).

Circa le modalità di presentazione dell'offerta da parte dei concorrenti, l'art. 82 del Codice,

¹² Disposizione dapprima tacitamente abrogata dalla legge n.248 del 4 agosto 2006 che ha introdotto il ribasso sulle prestazioni intellettuali oltre i minimi della Tariffa; poi esplicitamente abrogata dall'art. 2, lett. n), del D.Lgs. n.113/2007.

¹³ Per effetto dell'art. 53, comma 2, lett. b) e c), la cui applicazione era stata sospesa fino al 1 agosto 2007 dal primo decreto correttivo D.Lgs. n. 6 del 2007, l'offerta dell'operatore economico ha sempre di più ad oggetto la progettazione dell'intervento oltre che la mera esecuzione del contratto. Tuttavia, sottosoglia, l'art.1, comma 2, lett. n), del D.Lgs. n.113/2007, ha ristretto tale possibilità ai contratti di lavori di speciale complessità definita dal regolamento di cui all'art.5 del Codice.

¹⁴ Con le norme introdotte dal Codice, l'importo a base di gara deve essere desunto dal progetto del lavoro, servizio o fornitura; il progetto è infatti la sede più appropriata per la definizione e ricerca dei prezzi elementari più consoni al contratto con i quali viene elaborato il computo metrico e la stima. Per inciso, è sempre interessante consultare il verbale di gara, in genere più d'uno, per desumere i soggetti esclusi e le motivazioni che devono essere obbligatoriamente verbalizzate ai sensi dell'art. 78 del Codice, nonché i tempi e le soste delle offerte negli uffici della stazione appaltante.

riprendendo uno dei dettati dell'art.21 della legge quadro senza sostanziali modifiche, ha previsto la possibilità della stazione appaltante di ammettere sia la espressione di un ribasso direttamente sull'elenco dei prezzi unitari sia, in alternativa, la proposizione di singoli prezzi per le quantità indicate dalla s.a. (come nell'art.5 della citata legge n.14 del 1973); facendo poi carico alla medesima stazione appaltante di verificare i prodotti con le rispettive quantità (del progetto) e la somma complessiva dell'offerta nonché di apportare le eventuali correzioni ecc.

Quest'ultima modalità non trova più la sua ragione originaria di consentire valutazioni dirette sui prezzi dell'offerente in quanto, come anche vedremo più avanti, ogni offerta deve essere corredata, per così dire, sul nascere, della giustificazione del 100 % delle voci di prezzo salvo le dovute eccezioni sottosoglia.

Tornando al rischio di ribassi eccessivamente elevati, questo appare secondario laddove si consultino i ribassi medi di aggiudicazione degli anni 2002 e 2003: per importi a base di appalto sopra soglia - all'epoca 5 milioni di DSP - si registra un valore medio nazionale di circa il 21-22 %, mentre, per appalti di lavori con meno di 5 offerte si ha un ribasso medio di aggiudicazione del 12 -13 %. ¹⁵

I dati più recenti del 2006¹⁶ di fig.1, indicano un ribasso medio nazionale del 18 % circa.

IMPORTO	RIBASSO DI AGGIUDICAZIONE	MASSIMO RIBASSO	MINIMO RIBASSO
≥150.000 < 500.000	17.2	20.7	9.9
≥ 500.000 <1.000.000	18.2	21.7	10.4
≥1.000.000<5.278.000	18.4	22.3	9.9
≥ 5.278.000	18.8	23.8	8.7
medie	17.6	21.2	10

fig.1 – ribassi medi di aggiudicazione per classi d'importo – anno 2006

Inoltre, i ribassi medi di aggiudicazione risultano poco dipendenti dall'importo a base di gara e relativamente contenuti nei valori.

Per quanto si conosce, i dati medi di fig. 1 sono il risultato della libera concorrenza, senza cioè l'effetto di esclusioni numericamente significative a seguito dell'accertamento di non congruità dei massimi ribassi, come documenteremo più avanti.

Ancora con riferimento ai dati del 2006, nella tabella di fig.2 si conferma la tendenza dei

¹⁵ Vds relazione dell'Autorità al Parlamento, anno 2004, pagine 157 e 164.

¹⁶ Vds relazione dell'Autorità al Parlamento, anno 2006, pag. 48 e seguenti.

ribassi medi di aggiudicazione a valori più contenuti nelle gare con meno di cinque concorrenti e, in generale, la scarsa dipendenza del ribasso medio di aggiudicazione dal numero dei partecipanti alle gare.

numero dei partecipanti	ribasso di aggiudicazione	ribasso medio
0≤5	13.4	13.4
>5≤20	16.6	18.5
>20≤50	17.8	
>50≤100	19.8	
> 100	19.8	

fig.2 – ribassi medi di aggiudicazione per numero di partecipanti – anno 2006

I valori più modesti dei ribassi in gare con meno di cinque partecipanti, sembrano dovuti agli effetti di una più contenuta concorrenza.¹⁷

Non risultano invece dati organizzati sui servizi e forniture per l'assenza di banche dati analoghe a quella dei lavori pubblici, anche se non mancano informazioni circa ribassi di aggiudicazione molto elevati.¹⁸

In conclusione, qualunque sia il criterio di aggiudicazione, così come nella previgente legge quadro, prima dell'aggiudicazione, deve sempre valutarsi la soglia di anomalia al fine di individuare le offerte anormalmente basse in conformità all'art. 86 commi 1 e 2¹⁹; salvo non potersi individuare tale soglia nelle gare cui partecipano meno di cinque concorrenti.

3. *La valutazione della soglia di anomalia nel criterio del prezzo più basso.* Il calcolo della soglia di anomalia nel criterio del prezzo più basso si esegue con l'algoritmo descritto nell'art.86 comma 1, così come indicava l'art.21, comma 1-bis, della legge quadro.

Data una serie di ribassi di gara, questi si ordinano in serie decrescente; si calcola il 10 % del numero totale delle offerte, avendo cura di arrotondare tale numero al valore intero

¹⁷ Il C.S., sez. IV, 21.01.2002, n.339, ha affermato che l'esigenza di ancorare la esclusione automatica ad un numero minimo pari o superiore a cinque offerte, discende anche dal pericolo che in presenza di pochi partecipanti si raggiungono più agevolmente accordi volti ad influire sulla media. In tale evenienza - meno di cinque offerte - la soluzione non può che essere l'accertamento della congruità dell'offerta.

¹⁸ Per i servizi e le forniture il *ribasso moderato* o il *ribasso elevato* è da riferire a valori percentuali diversi; un ribasso del 30 % può essere eccessivo nei contratti di lavoro ma non altrettanto per forniture di prodotti. Ad esempio, nelle forniture di medicinali alle Aziende Sanitarie, si raggiungono di norma ribassi del 50 % rispetto ai prezzi a catalogo o al consumo.

¹⁹ Il Codice, all'art. 86 commi 1 e 2 e seguenti, non reca più la terminologia *soglia di anomalia* ma *soglia per individuare le offerte anormalmente basse*.

immediatamente superiore. Si scartano il 10 % delle offerte con maggiore ribasso nella c.d. ala²⁰ superiore della serie ordinata e, simmetricamente, il 10 % delle offerte con minore ribasso, nella c.d. ala inferiore della serie. Quindi si calcola la media dei valori rimasti dopo il taglio delle ali, cui si aggiunge la media delle differenze tra la media stessa e le offerte superiori a tale valore, compresi i ribassi prima esclusi. Tale ultimo valore è definito *soglia di anomalia*.²¹

Un semplice esempio potrà chiarire la procedura descritta con riferimento ai ribassi ammessi in gara: 25% - 24% - 23% - 18% - 15% - 14% - 13% -12% -11% -10% - 9% ordinati in serie decrescente. Si ha:

- numero totale delle offerte: 11
- calcolo dell'ampiezza delle ali: 10 % del totale delle offerte, pari a 1,1
- arrotondamento della ampiezza delle ali all'intero superiore: 2
- serie dopo il taglio delle ali: 23% - 18% - 15% - 14% - 13% -12% -11%
- la esclusione fittizia delle ali ha riguardato: le due migliori (25 % e 24 %) e le due peggiori (10 % e 9 %)
- la media delle offerte rimaste è pari a: $(23+18+15+14+13+12+11) : 7 = 15,1 \%$
- gli scarti "semplici" dei ribassi che superano la media sono valutabili: $25 - 15,1 = 9,9$; $24 - 15,1 = 8,9$; $23 - 15,1 = 7,9$; $18 - 15,1 = 2,9$
- la media degli scarti semplici è pari a: $(9,9+8,9+7,9+2,9) : 4 = 7,4 \%$
- la soglia di anomalia è dunque pari alla media più lo scarto medio: $15,1 \% + 7,4 = 22,5 \%$

con il risultato di considerare anormalmente basse le offerte: 25 % - 24 % - 23 % per le quali vi è l'obbligo della verifica di congruità.

Tale soglia assume un significato nuovo in quanto, di norma, non è più volta a determinare l'esclusione automatica di tutte le offerte superiori, facendo così cadere l'aggiudicazione alla migliore offerta rimanente; la stazione appaltante può invece aggiudicare al massimo ribasso senza alcun pregiudizio sul valore numerico del ribasso stesso, alla sola condizione di sottoporre l'offerta a verifica di congruità e di un esito positivo della verifica stessa.

Dunque la soglia di anomalia è una demarcazione tra le offerte ad essa inferiori da considerare subito accettabili e le offerte al di sopra di essa, quest'ultime da considerare sospette di non congruità e perciò economicamente inattendibili.

In altre parole, la soglia deputata solo a individuare le offerte anormalmente basse ma non

²⁰ Sul c.d. taglio delle ali vedasi determinazione dell'Autorità n.4 del 1999.

²¹ Per esempi di calcolo relativi a gare realmente svoltesi con anche confronti tra lavori, servizi e forniture, vedasi L. MICONI, "Il criterio del prezzo più basso e la congruità delle offerte nell'aggiudicazione dei contratti pubblici alla luce del D.Lgs. 12.04.2006 n.163", in giustamm.it.

meno suscettibili di aggiudicazione delle altre.

Se la verifica di congruità dell'offerta con ribasso più elevato si conclude con esito negativo, si passa a considerare l'offerta successiva, innescando così una procedura iterativa fino alla individuazione della migliore offerta congrua.

Se in ipotesi tutte le offerte sopra la soglia risultano non congrue, l'aggiudicazione cade a favore della prima offerta sotto la soglia, da ritenere accettabile per definizione. E' fatta salva sempre la possibilità di sottoporre a verifica anche tale offerta quando ciò sia necessario per circostanziate motivazioni (art.86 comma 3).

La logica di sottoporre a verifica di congruità l'offerta migliore era già presente nelle norme previgenti: la legge quadro sui lavori pubblici prevedeva lo stesso sistema solo per importi a base di appalto al di sopra della soglia comunitaria e, indipendentemente dall'importo, nelle gare con meno di cinque offerte.

Mentre lo stesso sistema in esame era già previsto, senza riguardo alle soglie o al numero dei partecipanti, per gli appalti di forniture (cfr art.19 del D.Lgs. n.358/1992), di servizi (cfr art.23 del D.Lgs. n.157/1995) e di lavori, servizi e forniture dei settori speciali (cfr art.23 del D.Lgs. n.158/1995); con la sola variante di calcolare la soglia di anomalia (per il prezzo più basso) aggiungendo alla media aritmetica delle offerte un quinto della stessa media (anziché la media degli scarti).

E' da ribadire la previsione degli articoli 122, comma 9, e 124, comma 8, del Titolo II della Parte II, per tutti gli appalti sottosoglia, di consentire ancora l'esercizio della esclusione automatica delle offerte senza alcuna verifica di congruità al disopra della soglia di anomalia e con aggiudicazione alla offerta di maggiore ribasso rimasta in gara dopo la esclusione fittizia, qualora di ciò sia fatta previsione nel bando di gara o nella lettera di invito.

In ogni caso, si opti o meno per l'automatismo di aggiudicazione, l'art.86, comma 4, (già nell'art.21 comma 1-bis della legge n.109/94) del Codice esclude espressamente l'applicabilità della soglia di anomalia quando le offerte in gara sono minori di cinque; da n.4 ad una sola offerta.²²

Sulle ragioni di tale scelta del Codice, come già detto a proposito della legge quadro, queste risiedono nella inattendibilità statistica del meccanismo di individuazione della soglia di anomalia quando le offerte sono in numero così esiguo; nel migliore dei casi si tratta di due ribassi e due scarti.

²² Per approfondimenti sul punto vedasi R. DE NICTOLIS in "Le offerte anomale nei pubblici appalti", Collana diretta da F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Ipsoa Editore, 1999, pag. 142 e seguenti.

Appare poi del tutto condivisibile la lettura estensiva²³ della inapplicabilità della esclusione automatica quando si hanno meno di cinque offerte, sia per quanto attiene il calcolo della soglia di anomalia sia, e qui è l'originalità della tesi, con riferimento alla esclusione automatica quand'anche la soglia fosse attendibile.

Quanto al meccanismo automatico di esclusione in sè, di cui ai richiamati articoli 122 e 124, esso non è pacifico nel nostro ordinamento in quanto ritenuto in contrasto con i principi del diritto comunitario: infatti la esclusione di una offerta non può mai avere luogo senza la consultazione dell'interessato, principio valido anche per gli appalti sottosoglia²⁴.

Mentre la Corte Costituzionale ha ritenuto lo stesso automatismo uno strumento di semplificazione ammissibile, fino ad arrivare alla soluzione proposta dall'Autorità con determinazione n.5 del 2005 secondo cui il meccanismo è sì percorribile, ma con la alternativa di lasciare libera la stazione appaltante di verificare la congruità anche sottosoglia.

La questione è ancora aperta in quanto la richiesta del Consiglio di Stato, rivolta alla Corte di Giustizia della comunità europea per conoscere la compatibilità della esclusione automatica con i principi del diritto comunitario non è stata ancora esitata.

Vedremo nel seguito quali problemi pone il riconoscimento della soglia di anomalia nelle gare con meno di cinque offerte e quale la possibile soluzione.

Un ultimo cenno, per rimarcare il carattere assolutamente obbligatorio²⁵ della verifica di congruità, previsto dall'art. 87 comma 1 del Codice, così come lo aveva previsto la normativa richiamata sulle forniture e servizi. Verifica di congruità sempre effettuabile ai sensi dell'art.86 comma 3 su un'offerta candidata a risultare aggiudicataria, quando essa "appaia anormalmente bassa in base a elementi specifici".

Tali *elementi specifici* aprono però la strada ad altre delicate valutazioni della stazione appaltante su cui torneremo a proposito delle tecniche di valutazione della congruità.

- 3.1 *La soglia di anomalia nella legislazione siciliana.* Il criterio automatico sottosoglia, introdotto dalla regione siciliana con la legge 29.11.2005, n.16 - di modifica della l.r. n.7 del 2.8.2002 -, è caratterizzato dalla *esclusione fittizia complessiva del 50 % delle offerte* in gara - anziché del 20 % - e dal *sorteggio* di un numero compreso tra 11 e 40 deputato a stabilire la grandezza percentuale relativa delle due ali da tagliare.

²³ Vedasi R. DE NICTOLIS, in "Il nuovo Codice degli appalti pubblici", II Edizione, EPC Libri, Roma, 2007, pag. 144.

²⁴ Vds R. DE NICTOLIS, op.cit., pagg. 52 e 53.

²⁵ Vds più ampiamente R. DE NICTOLIS, op.cit., pag. 257.

Con la stessa serie decrescente avanti esaminata: 25% - 24% - 23% - 18% - 15% - 14% - 13% - 12% - 11% - 10% - 9% si ha:

- il totale delle offerte è 11
- si sorteggia un numero compreso tra 11 e 40: supponiamo 35
- le ampiezze delle ali sono valutate facendo il 35 % del totale delle offerte: $35 \times 11 / 100 = 3,85$ offerte
- il valore 3,85 offerte deve essere ridotto delle cifre decimali cioè: 3 offerte
- primo taglio offerte di minor ribasso da eliminare: 3
- serie dopo il primo taglio: 25% - 24% - 23% - 18% - 15% - 14% - 13% - 12%
- secondo taglio offerte di maggior ribasso da eliminare: 50 (numero fisso) - 35 (numero sorteggiato) = 15 %
- il 15 % del totale delle offerte: $15 \times 11 / 100 = 1,65$ offerte
- il valore 1,65 offerte deve essere ridotto delle cifre decimali cioè: 1 offerta
- secondo taglio offerte di maggior ribasso da eliminare: 1
- serie dopo il secondo taglio: 24% - 23% - 18% - 15% - 14% - 13% - 12%
- media offerte rimaste: $(24+23+18+15+14+13+12) : 7 = 17$ %

con offerta aggiudicataria individuata per difetto alla media: nel caso in esame cade a favore del 15 %. La norma siciliana prevede inoltre la esclusione delle offerte uguali qualora risultino aggiudicatarie. Il criterio può essere generalizzato nel grafico di fig. 3.

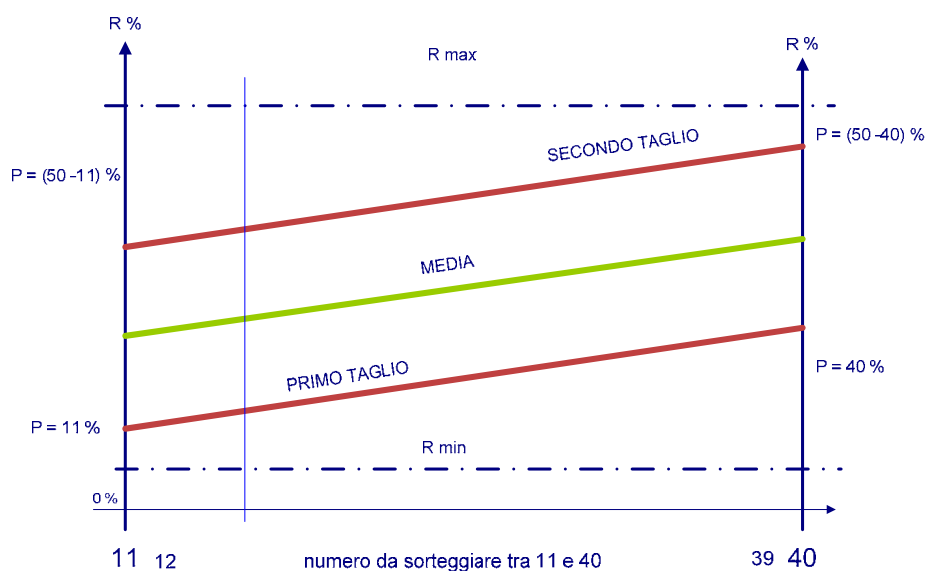


fig.3 – criterio del prezzo più basso nella regione Sicilia: il meccanismo del sorteggio

La gara è rappresentata con una linea verticale la cui posizione dipende dal numero sorteggiato tra 11 e 40, mentre le offerte da escludere fittiziamente sono quelle al disopra e al disotto delle linee rosse e nel complesso pari al 50 %.

La linea verde rappresenta il limite al disotto del quale avviene l'aggiudicazione alla prima

offerta rinvenibile.

Dipendendo l'ampiezza relativa delle ali dal sorteggio, il taglio delle offerte più elevate della serie decrescente, può essere talora grande quando viene sorteggiato il numero 11, magari in concomitanza a valori massimi piccoli; altre volte piccolo se viene sorteggiato 40 in combinazione con offerte massime di valore elevato.

Altre volte il primo taglio delle ali può risultare addirittura nullo quando le offerte sono pari ad un numero compreso da 5 a 9: infatti se il sorteggio dà 40, la seconda aliquota è pari al 10 % (50 - 40) e dunque pari a 0,5 o al massimo 0,9, entrambi valori da ridurre a zero per via della soppressione dei decimali. Nel criterio nazionale l'inconveniente è evitato dall'arrotondamento all'unità superiore.

Il criterio di aggiudicazione si allontana dunque dal concetto statistico di *eliminare equamente le offerte estreme largamente e palesemente disancorate dai valori medi*²⁶ come nella impostazione sottointesa dalla Merloni e dal Codice.

Per cui il sorteggio, immaginato per il comprensibile fine di rendere più difficilmente prevedibile l'esito della gara, nega il modello statistico legato al taglio del 10 % fisso delle offerte; in breve sembra esporre di più e casualmente la S.A. o a ribassi troppo elevati o a ribassi troppo contenuti.

In tale ottica *casuale* della scelta, nella quale si tralascia - per tradizione e salvo l'ultima modifica di cui in appresso - il valore medio dello scarto, non si comprende del tutto l'aver riprodotto nella norma la inapplicabilità dell'automatismo nelle gare con meno di cinque offerte.

Il criterio, è da osservare, non risulterebbe particolarmente incisivo rispetto a quello nazionale qualora l'obiettivo fosse quello di scoraggiare le gare con numero considerevole di partecipanti e ribassi attestati su valori sostanzialmente costanti.

Infatti, come autorevolmente indicato dalla stessa Direzione Nazionale Antimafia, non sembra avere molta rilevanza chi si aggiudica la gara, ricorrendo la prassi dello *scambio* tra i partecipanti alla gara corroborata peraltro dal sistema dei noli.²⁷

Il metodo è stato di recente integrato – con provvedimento approvato dall'Assemblea regionale del 2 agosto 2007 – con l'aggiunta al valore della media calcolata come nell'esempio, dello scarto medio aritmetico delle sole offerte, superiori alla media, rimanenti dopo la esclusione fittizia, qualora il numero sorteggiato sia compreso tra 11 e 25.

²⁶ Cfr C.S., sez. V, 18.06.2001, n.3216.

²⁷ Nell'ottica di impedire tale prassi, sembra orientata la previsione della recente legislazione regionale della Toscana, la quale vieta il subappalto tra i partecipanti alla medesima gara.

Tale modifica è verosimilmente finalizzata a innalzare il valore del ribasso di aggiudicazione quando il taglio operato nella parte superiore della serie è molto ampio (ad esempio $50 - 11 = 40$ % delle offerte da eliminare fittiziamente).

La preoccupazione appare in effetti fondata se si considerano i ribassi di aggiudicazione raggruppati per le singole regioni: nella regione Sicilia il valore medio del ribasso di aggiudicazione è pari all'11,8 %, rispetto ai valori medi indicati in precedenza, e variabili tra un minimo del 9,2 % e un massimo del 15,4 %.

Una ultima considerazione per osservare la scarsa efficacia del metodo quando vi siano in gara un numero molto elevato di offerte di uguale ribasso, anche ben superiori al 50 %: l'aggiudicazione cadrebbe infatti sempre a favore del valore ricorrente. Infatti si adotta in tal caso il sorteggio del primo e del secondo classificato nell'ambito appunto delle offerte con pari ribasso. La norma sembra dunque *tollerare* e quindi legittimare, le offerte con ribasso uguale in quanto non ne prevede l'esclusione, qualunque sia la loro incidenza numerica sul numero totale delle offerte.

Infatti, l'art. 1-bis 4, del provvedimento di modifica recita: “...*nel caso di presentazione alla gara di più offerte aventi identico ribasso, l'esclusione fittizia ... non può essere superiore in termini numerici al 50 % delle offerte presentate, non rilevando a tal fine l'ipotesi in cui le offerte presentino un identico ribasso e si collochino a cavallo delle due soglie di esclusione...*”.

Con la seguente conseguenza: in una gara con tutti valori uguali, tranne i ribassi collocati - numericamente - alle estremità della serie, destinati ad essere eliminati fittiziamente, il valore dell'offerta aggiudicataria e della seconda classificata - da individuarsi per legge con due distinti sorteggi - sarebbe il risultato di un condizionamento esterno alla stazione appaltante, inevitabile, senza concorrenza e senza la possibilità, sembra, di annullare la gara.²⁸

3.2 *La soglia di anomalia nella bozza di Regolamento generale.* Nell'art.119 della bozza di

²⁸ Nella fattispecie descritta si inquadra il caso paradossale di una gara svoltasi nel mese di settembre 2007 con la seguente distribuzione dei ribassi: n.1 offerta pari a 7,321 %; n.8 offerte pari a 7,320 %; n.23 offerte pari a 7,319 %; n.136 offerte pari a 7,318 %; n.50 offerte pari a 7,317 %; con importo a base di gara di € 886.059,82. L'aggiudicatario dovrebbe essere sorteggiato tra 110 offerte del 7,318 % e il secondo classificato tra 109 offerte del 7,318 %. Sorgerebbe tuttavia il problema di come attribuire la collocazione relativa dei ribassi uguali nell'ambito della serie decrescente, atteso il troncamento dopo la quarta cifra dalla virgola. Si dovrebbe procedere, in tal caso, al sorteggio preliminare al fine di attribuire a ciascun offerta dell'elenco delle offerte - uguali - il nominativo dell'offerente; in alternativa, la collocazione delle offerte nella detta serie, si potrebbe svolgere prima del troncamento, ma ciò sarebbe in contraddizione con le ragioni stesse che hanno suggerito il troncamento. Inoltre, non è detto che, pur non operando subito il troncamento, cioè prima del calcolo della media e degli scarti, i valori possano differenziarsi l'uno dall'altro.

Regolamento generale, approvato in via preliminare dal Governo il 13 luglio 2007²⁹, ad integrazione dell'art.86, comma 1, del Codice, si apportano alcune sostanziali novità all'algoritmo per il calcolo della soglia di anomalia, qualora siano presenti nella gara offerte di uguale valore.

Il fine è evidente: eliminare dall'algoritmo di aggiudicazione le offerte di pari valore, evitando così, come invece previsto nella legislazione siciliana, di procedere al sorteggio dell'aggiudicatario.

Con riferimento al citato art. 119, deve porsi attenzione alla posizione delle offerte di uguale valore nell'ambito della serie ordinata dei ribassi: queste possono essere situate tutte all'interno dei valori restanti dopo il taglio delle ali; oppure, possono essere a cavallo di una o di entrambe le ali.

Il secondo periodo, comma 1, art.119 della bozza in esame, prevede, segnatamente, due esclusioni fittizie:³⁰ la prima, riguarda la consueta esclusione delle offerte a seguito del taglio delle ali; la seconda, riguarda la esclusione di quelle offerte aventi valore uguale rispetto a quelle medesime offerte da escludere per effetto del taglio delle ali. In tal caso, prevede sempre il secondo periodo in commento, le offerte di uguale valore non possono essere considerate per il calcolo della soglia di anomalia (media e media degli scarti).

Dunque, tali offerte di uguale valore, da escludere fittiziamente in aggiunta alle ali, possono essere uguali sia al valore di quelle ricadenti nell'ala superiore, sia nell'ala inferiore, oppure contemporaneamente a entrambe le ali, quando in gara vi siano più di un gruppo di offerte uguali.

Tale logica sembra sia ispirata - correttamente - ad una illuminata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n.3068, del 3.06.2002, secondo la quale, le offerte da escludere con il taglio delle ali, sono da intendere non solo dal punto di vista numerico - quantità delle offerte da escludere fittiziamente - ma anche logico: infatti, se ai fini del calcolo della media sono ritenute ininfluenti e forvianti i valori delle offerte entro le ali, ciò non può non valere anche per le altre offerte di valore uguale a queste, pur se non comprese entro le ali.

In sostanza, secondo la citata sentenza, le offerte uguali farebbero mancare la funzione correttiva degli scarti estremi.

Come per i casi avanti commentati, è utile fare ricorso ad un esempio. Sia data la seguente

²⁹ Cfr parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, reso nell'adunanza del 17 settembre 2007, n.3262/2007, reperibile nel sito istituzionale.

³⁰ Come affermato nel parere del Consiglio di Stato, laddove il comma 1, secondo periodo, dell'art. 119, della bozza di reg. gen., cita la *esclusione* delle offerte di uguale valore a quelle da escludere, non può non trattarsi di una *esclusione fittizia*.

serie di offerte, tra le quali ne figurano quattro di pari valore collocate a cavallo di una ala (superiore): **25% - 25% - 25% - 25% - 15% - 14% - 13% -12% -11% -10% - 9%**.

Applicando l'algoritmo si ha:

- numero totale delle offerte: 11
- calcolo dell'ampiezza delle ali: 10 % del totale delle offerte, pari a 1,1
- arrotondamento della ampiezza delle ali all'intero superiore: 2
- serie dopo il taglio delle ali: 15% - 14% - 13% -12% -11%
- la esclusione fittizia delle ali ha riguardato: le due migliori offerte (25 % e 25 %) e le due peggiori (10 % e 9 %), oltre alle offerte di valore uguale rispetto a quelle da escludere fittiziamente (ancora 25 % e 25 %);
- la media delle offerte rimaste è pari a: $(15+14+13+12+11) : 5 = 13 \%$
- gli scarti "semplici" dei ribassi che superano la media sono valutabili: $15 - 13 = 2$; $14 - 13 = 1$; gli scarti dei due valori esclusi fittiziamente (25 % e 25 %) non possono prendersi in considerazione per il calcolo della soglia di anomalia;
- la media degli scarti semplici è pari a: $(3+2) : 2 = 1,5 \%$
- la soglia di anomalia è dunque pari alla media più lo scarto medio: $13 + 1,5 = 14,5 \%$
- l'aggiudicazione cade a favore del ribasso pari a 14 %.

L'art.119 della bozza di Regolamento generale non sembra però dare soluzione a due delicati e ricorrenti problemi: il primo rappresentato dalla fattispecie di offerte di uguale valore tutte comprese all'interno delle ali e raggruppate in uno o più gruppi (cfr offerte a gradini di cui al n.8); il secondo, nel non aver stabilito quante cifre dopo la virgola debbano essere considerate ai fini di ritenere le offerte di uguale valore, come invece opportunamente ha disposto la norma siciliana.

Quanto al senso da dare al primo periodo, comma 1, art.119, sembra doversi chiarire quanto segue: le offerte di uguale valore devono essere considerate, come qualsiasi altro valore, ai fini del calcolo del numero totale delle offerte convenute nella gara ovvero della ampiezza delle ali.

Se così non fosse, il primo periodo del comma 1, sarebbe in palese conflitto con il secondo periodo dello stesso comma, laddove si afferma apparentemente il contrario.

Infatti, nel secondo periodo, si fa riferimento alle sole offerte di valore uguale a quello delle altre offerte da escludere come di consueto per i tagli delle ali.

Infine, la esclusione fittizia delle offerte di valore uguale, a cavallo delle ali, in conformità al disposto del secondo periodo dell'art.119, della bozza di Regolamento, si applica anche qualora, all'interno delle ali, vi sia un solo valore ripetuto - una o più volte - nella serie ordinata dei ribassi, come ad esempio: **25 % - 24 % - 24 % - 18% - 15% - 14% - 13% -12% - 11% -10% - 9%**.

Dopo le esclusioni fittizie, si ottiene: 18% - 15% - 14% - 13% -12% -11% .

Si comprende da ultimo come il criterio introdotto dall'art.119, vada in crisi - cfr gare con meno di cinque concorrenti ai sensi dell'art.86, comma 4, del Codice - qualora vi siano due o più gruppi di offerte di uguale valore, come si verifica, ad esempio, quando, dopo le esclusioni fittizie, le offerte si riducano a poche unità con le quali calcolare la media, gli scarti e la soglia. Analogamente, qualora nella gara si avessero in ipotesi offerte tutte di uguale valore³¹: il valore della media sarebbe coincidente con il valore unico della gara attesa la mancanza di scarti semplici. In tal caso, non può non procedersi, in via di autotutela, all'annullamento della gara.

4. *Il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.* Il criterio della *offerta economicamente più vantaggiosa*, indicato dall'art. 81, comma 1, e disciplinato dall'art. 83 del Codice, consiste nell'apprezzamento, in capo alle offerte - o alternative - di una molteplicità di *elementi* (o criteri) a ciascuno dei quali corrisponde un *peso* da indicarsi tassativamente nel bando o lettera d'invito.³²

L'indicazione dei pesi o sub-pesi nel bando - la cui somma è pari a 100 oppure all'unità - risponde alla necessità di osservare il principio della parità di trattamento tra i concorrenti ed è da considerare una attività preclusa alla commissione di aggiudicazione (cfr art.84);³³ al più la commissione ha la facoltà di specificare i sub-elementi e i relativi sub-pesi all'interno di un criterio già fissato nel bando.

Il criterio è generalmente ritenuto il modo migliore di valutare e confrontare le offerte in quanto ammette l'uso di qualsiasi parametro ritenuto utile e adeguato: non solo il prezzo ma anche la qualità; d'altro canto consente di trasformare ogni aspetto qualitativo in una misurazione unica per stabilire l'ordine di preferenza tra le offerte.

Il criterio si rende poi indispensabile per l'aggiudicazione degli appalti nei quali il concorrente è chiamato a dare oltre al prezzo con il quale è disposto ad eseguire il contratto, anche uno o più livelli di progettazione, definitiva e/o esecutiva, secondo le tipologie contrattuali dell'art.53 del Codice, tipologie desunte dal nono considerando della direttiva 2004/18.³⁴

³¹ Cfr nota n.28.

³² Vds M. LIPARI, "L'offerta economicamente più vantaggiosa", in giustamm.it.

³³ Così anche l'art. 90 del Reg. n.554/99; per le valutazioni della Corte di giustizia, vedasi R. DE NICTOLIS, op.cit. pagg. 247-249.

³⁴ Nel parere del Consiglio di Stato, n.355 del 6.02.2006, è posto in evidenza come la decisione di optare per la prestazione congiunta o separata delle attività di esecuzione del contratto e di progettazione è rimessa, quale precepto del 9° considerando della direttiva 2004/18, alla sola autonomia decisionale della stazione appaltante e

L'importanza della offerta economicamente più vantaggiosa è documentata segnatamente dagli artt. 64 e 91 del regolamento n.554/1999 e dagli allegati A, B e C dello stesso reg. nei quali sono contenuti gli algoritmi per la valutazione dei punteggi.

L'art. 83 del Codice enumera, a titolo indicativo, quali elementi possono essere presi in considerazione; a questi se ne possono aggiungere altri ritenuti necessari.

L'elenco trascura decisamente i settori dei servizi e delle forniture ma reca, alla lett. e), in aderenza alla direttiva 2004/18, la importante novità di poter comprendere elementi di valutazione correlati con la tutela ambientale; il secondo decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 113 del 31.07.2007 ha novellato la lett. e), introducendo anche il *contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto*.³⁵

Insieme alla scelta degli elementi o criteri e sub-elementi o sub-criteri più adatti all'appalto, vi sono poi i pesi o punteggi massimi e i sub-pesi o sub-punteggi da indicare nel bando. Entrambe le scelte rappresentano un problema non secondario e condizionante l'esito della scelta finale dell'aggiudicataria: infatti può prestarsi a forti distorsioni prima ancora della pubblicazione del bando di gara.

A volte, la scelta dei criteri può essere tecnicamente complessa perciò l'art.83 comma 4 ha previsto la possibilità di nominare uno o più esperti - con la stessa determina a contrarre di cui all'art.11 del Codice - quando la s.a. non sia in grado con la propria organizzazione di individuare gli elementi di cui sopra.

Ad esempio, l'Autorità, per la costruzione di una superstrada con la tecnica del *project financing*, ha raccomandato alla stazione appaltante – adeguatasi all'invito - di includere tra i criteri di valutazione: il grado di *permeabilità* dell'opera viaria al fine di dare un punteggio più alto alle soluzioni compatibili con più svincoli e quindi con aumento del flusso di traffico ovvero di cassa; il grado di *incidentalità* per dare un punteggio più elevato all'offerta implicante meno incidenti attesi, da valutarsi secondo modelli statistici di letteratura ecc.

E' anche da sottolineare come non sia accettabile a volte l'utilizzo di elementi di valutazione collegati al possesso di parametri quantitativi dei concorrenti.

Esempi tipici sono rappresentati dal punteggio previsto per l'ammontare dei fatturati posseduti dal concorrente o per la distanza degli uffici dell'operatore economico dalla sede

che al legislatore, in fase di recepimento, è unicamente demandata la fissazione dei criteri qualitativi ed economici sui quali le relative decisioni devono basarsi. Come evidenziato, ciò delinea una netta inversione di rotta rispetto alla legge n.109/94, la quale aveva invece previsto una forte limitazione della possibilità di ricorso alla offerta economicamente più vantaggiosa.

³⁵ Per varie criticità legate alla introduzione degli aspetti ambientali tra i criteri di valutazione delle offerte vedasi L. MICONI, "Alcune cautele da osservarsi nel metodo della offerta economicamente più vantaggiosa", in giustamm.it.

della stazione appaltante o del luogo dell'intervento oppure, ancora, dal numero di articolazioni territoriali di cui dispone l'offerente, per arrivare al numero dei tecnici dipendenti e così via.

Tali parametri rappresentano una limitazione della parità di condizioni dei concorrenti se inseriti tra gli elementi di valutazione; mentre sarebbe più appropriato farne apposita previsione, con le dovute cautele, tra i requisiti di partecipazione, beninteso ove questi siano rispettosi dei *principi di proporzionalità e di adeguatezza*.³⁶

Tornando ai pesi da indicare nel bando, il citato decreto legislativo n.113/2007, ha rinviato al regolamento di cui all'art.5 del Codice, la disciplina dei fattori ponderali da utilizzare per le valutazioni della qualità, del pregio tecnico, delle caratteristiche estetiche, ambientali, ecc. qualora l'offerta debba comprendere il progetto definitivo e/o esecutivo (art. 53, comma 2, lett b) e lett. c), del Codice).

In proposito, il Consiglio di Stato, con parere reso in sede consultiva – n.3262 del 17 settembre 2007³⁷ – alla previsione dell'art.118 del regolamento approvato dal Governo il 13 luglio 2007, di assegnare nel bando, agli elementi della *qualità, pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, caratteristiche ambientali*, non meno di 65 punti (su 100), ha suggerito la cancellazione della previsione in commento perché *“priva di copertura legislativa. Infatti l'art.83 del Codice e le direttive comunitarie lasciano ai bandi, caso per caso, la scelta in ordine ai punteggi da attribuire a ciascun elemento di valutazione, e non attribuiscono al regolamento il compito di predeterminare il peso minimo (o massimo) di ciascun elemento*.”³⁸

Dunque tale previsione amplifica, segnatamente, il ruolo degli elementi qualitativi.

La commissione di aggiudicazione, da nominarsi con le regole di cui all'art. 84,³⁹ deve fissare i criteri motivazionali per l'assegnazione dei punteggi ai rispettivi criteri prima della apertura delle offerte con l'evidente fine di evitare eventuali commistioni tra commissari e concorrenti. Con tali criteri motivazionali la commissione recupera un discreto spazio decisionale segnatamente per gli elementi con punteggio elevato: sarebbe allora opportuno indicare i

³⁶ Per quanto riguarda in particolare l'aggiudicazione degli appalti di servizi, il Ministero per le Politiche Europee, con Circolare 1 marzo 2007, ha ricordato alle stazioni appaltanti che quando l'aggiudicazione è all'offerta economicamente più vantaggiosa, la scelta tra i diversi possibili elementi di valutazione deve ricadere su elementi sempre ed esclusivamente collegati all'oggetto dell'appalto e volti effettivamente a misurare il valore dell'offerta e non le qualità dell'offerente, per le quali le stazioni appaltanti utilizzano invece i requisiti di partecipazione.

³⁷ Rintracciabile nel sito istituzionale del Consiglio di Stato.

³⁸ Non è noto se il suggerimento sarà accolto nel secondo esame governativo. Sul tema cfr anche R. DE NICTOLIS, in “Urbanistica e Appalti”, n.9, 2007, pag. 1071.

³⁹ Sulla nomina della commissione e sulle incompatibilità dei membri vedasi R. DE NICTOLIS, op. cit., pag. 250. Vds anche modifiche apportate dal secondo decreto correttivo: D.Lgs. n.113/2007.

punteggi nel bando o nella lettera d'invito con il massimo dettaglio possibile.

Quindi le offerte ricevono una valutazione da tutti i membri della commissione (di tre o cinque membri), per ciascuno dei criteri di valutazione o elementi di valutazione qualitativi di cui al bando di gara, per giungere, dopo anche la valutazione degli elementi quantitativi, alla graduatoria delle alternative.

Le tecniche e gli algoritmi con cui si ottiene la gerarchia delle offerte sono disciplinati dal regolamento n.554 del 1999, con le indicazioni raccolte nei vari allegati A, B e C, e dal regolamento n.117 del 1999 seppure per i soli appalti di servizi di pulizia ecc.⁴⁰

Tornando agli elementi di valutazione, il prezzo non è (più) un elemento principale cui attribuire un peso dominante e ciò si traduce a vantaggio di scelte premianti la qualità delle offerte.

Sicché potranno valorizzarsi aspetti delle offerte da legare alla compatibilità ambientale (ad esempio valorizzare esclusivamente l'impiego di energie rinnovabili, oppure perseguire l'attenuazione dell'impatto ambientale anche per interventi fuori screening, facilità di riciclaggio e smaltimento, ecc.), al valore tecnico dell'offerta (ad esempio richiedere valori di sicurezza più alti di quelli minimi dettati dalle normative tecniche di settore), alla necessità di favorire esigenze sociali di popolazioni svantaggiate (cfr ancora considerando n.46 dir. 2004/18).

Nella assegnazione dei punteggi ai vari elementi è molto sentita la necessità di mantenere certe ragionevoli proporzioni; segnatamente, l'adozione di valori minimi di sbarramento alle offerte pena la loro esclusione dalla selezione, la cui legittimità è stata ammessa dalla giurisprudenza⁴¹.

Sembrirebbe ragionevole supporre lo sbarramento solo per gli aspetti qualitativi dell'offerta poiché, agli elementi quantitativi, si applica l'all.B del reg. n.554/99 ove si prevede l'assegnazione di un punteggio anche pari a zero quando l'offerta non migliora il valore a base di gara; ma ciò non può comportare l'esclusione dell'offerta.

Il concetto di sbarramento dovrebbe valere anche per le soglie massime dei punteggi riferiti alla qualità: se l'elemento è premiato con un valore alto di punteggio, il concorrente tende a promettere una qualità eccessiva comportante da un lato l'impossibilità di eseguire il contratto

⁴⁰ Cfr art.5 del Codice che, come detto, postula il regolamento da emanarsi entro un anno dalla entrata in vigore del D.Lgs. n.163/2006 e già approvato dal Consiglio dei Ministri.

⁴¹ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2004, n.1040. Sul punto vedasi anche R. De Nictolis, op.cit., pag. 246.

dall'altro l'aggiudicazione con parametri falsati.⁴²

Come vedremo più avanti, la logica sottesa dallo sbarramento, inferiore o (si ritiene) superiore, è ben nota e praticata nella c.d. *analisi multicriteria*, laddove nel processo decisionale si inseriscono le c.d. *relazioni di veto*; ossia funzioni volte a escludere condizioni fortemente indesiderate dalla S.A. quando sono presenti in offerte ritenute invece valide per tutti gli altri criteri.

Infine, quando non è possibile stabilire una ponderazione (esplicazione del sistema dei punteggi), l'art. 87 comma 5 indica di elencare nel bando di gara gli elementi di valutazione secondo un ordine decrescente dal quale sarà desunta la gerarchia delle offerte.

Le prestazioni delle offerte sono espresse dalla commissione giudicatrice quale collegio perfetto.⁴³

Un tipico risultato della fase preliminare di valutazione delle offerte è indicato nella tabella di seguito.

Nei metodi multicriteria - ripresi in seguito - la tabella è denominata *matrice delle decisioni* poiché solo dalla raccolta di tutte le valutazioni scaturisce la decisione sulla migliore offerta.

	A ₁	A ₂	A ₃	A ₄	A ₅	A ₆	A ₇	S _k	P _k
K ₁	150	140	240	169	200	129	150	111	22
K ₂	55	50,50	55	69	52	50,50	55	18,5	10
K ₃	5,5	35,5	22,5	25	31,5	1	50	49	18
K ₄	2	2	1	1	1	12	6	11	3
K ₅	0,5	50	15	26,25	50	25	30	49,5	5
K ₆	12	12	30	12	66	12	12	54	2
K ₇	27,50	28	38,47	22,888	23,23	12,28	16,36	26,19	40

fig.4 – esempio di matrice delle decisioni

Nella prima riga di tabella si osservano le offerte alternative con la lettera A_i (con i da 1 a 7) e nella prima colonna i criteri di valutazione con la lettera K_i (con i da 1 a 7); il valore numerico situato in corrispondenza della coppia A_i, K_i, esprime la valutazione della commissione giudicatrice per la offerta i-esima dal punto di vista del criterio i-esimo (*coefficiente della*

⁴² L'Autorità, con delibera n.63 del 2006, ha obiettato la correttezza di un procedimento di aggiudicazione basato sulla offerta economicamente più vantaggiosa nel quale, da un lato non veniva posto alcun limite alla qualità tecnica dell'offerta e dall'altro, a fronte di evidenti sproporzioni, non veniva espletata alcuna verifica di congruità tra il prezzo e la qualità dell'offerta stessa.

⁴³ Sui poteri e funzionamento della commissione giudicatrice, con richiami alle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, vedasi S. LUCE, "Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture", nella collana a cura di F. CARINGELLA e R. GAROFALI, Itaedizioni, I edizione, 2006, Roma, pag. 566 e seguenti.

prestazione con simbolo del regolamento $V_{(a)i}$).

Nell'ultima colonna è riportato il peso attribuito a ciascun criterio di valutazione (somma pari a 100), mentre nella penultima colonna, il simbolo S_k sta a indicare il massimo scarto registrato tra le offerte.

5. *La soglia di anomalia nel criterio della offerta economicamente più vantaggiosa. La soglia di anomalia* per il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa è prevista dall'art.86 comma 2 del Codice e definita con un doppio valore come se si trattasse di due sub-soglie; cioè calcolando i 4/5 - rapporto pari a 0.8 equivalente all'80 % - dei punti indicati dal bando o lettera d'invito per il solo elemento del prezzo e i 4/5 della somma dei punti dei restanti elementi.

La soglia, o meglio le due (sub) soglie, sono ottenibili semplicemente calcolando l'80 % dei rispettivi punti massimi del bando i cui rispettivi valori dipendono da come sono stati congegnati i punteggi nel bando ma la cui somma, si evidenzia, è sempre pari a 80 punti.

Analogamente a quanto visto per il prezzo più basso, l'aggiudicazione all'offerta con il punteggio più elevato, qualora superiore ad entrambi i valori delle due sub-soglie, può farsi a condizione l'offerta risulti congrua.

Come si è detto, il sistema della soglia è basato su valori fissi e non dipende dal numero di offerte presenti in gara perciò non si pone il problema legato al numero dei partecipanti (inferiore a cinque) ossia, in altre parole, non vi è il problema dell'attendibilità della soglia.

Riguardo alla soglia, sembra doversi riflettere su due problemi evidenziatisi nella applicazione del criterio.

Un primo, per osservare la scarsa idoneità delle soglie a selezionare offerte sospette di non congruità, in quanto raramente una offerta aggiudicataria - quella dal punteggio più elevato - raggiunge i due valori di soglia.

Anche quando i ribassi sono elevati, ad esempio superiori al 20 %, è raro il superamento dell'anomalia poiché deve avvenire contestualmente anche per gli altri rimanenti punteggi, come l'esempio non infrequente nel seguito riportato (anno 2004, importo 6 milioni).

OFFERTE	PUNTI ATTRIBUITI AL PREZZO	SOMMA PUNTI DEI RIMANENTI ELEMENTI	RIBASSO %
A	28,64	25,61	27,543
B	29,11	39,80	28
C	40	43,48	38,47

OFFERTE	PUNTI ATTRIBUITI AL PREZZO	SOMMA PUNTI DEI RIMANENTI ELEMENTI	RIBASSO %
D	23,80	40,48	22,888
E	24,15	47,21	23,230
F	12,77	22,37	12,280
G	17,01	43,58	16,360
soglia di anomalia	32 (max 40)	48 (max 60)	24,110 %

fig.5 – esempio di punteggi attribuiti da una commissione giudicatrice

La tabella evidenzia l'assenza di offerte *anormalmente basse* nonostante i ribassi decisamente elevati, con aggiudicazione all'offerta del 38,47 % associata al più elevato livello di prestazioni.

In linea generale, nell'anno 2004 si è osservato su n.15.581 gare, di cui n.671 affidate con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, un ribasso medio offerto dai concorrenti pari a 18,07 %, con un minimo di 0,01 % e un massimo del 41,03 %; nel 2003, su 16.997 gare di cui 766 affidate con il criterio in esame, è stato praticato un ribasso medio del 17,96 %, con minimo 0,01 % e massimo 49,90 %. Andamenti analoghi negli altri anni.

Perciò il sistema non appare efficiente per verificare se il ribasso è compatibile con il livello di qualità dell'offerta.

Nondimeno, il responsabile del procedimento può applicare il comma 3 dell'art.86 secondo cui le stazioni appaltanti possono sempre valutare la congruità di ogni offerta sospetta di essere anormalmente bassa; bene intesi, al di là del valore delle soglie.

Sotto altro profilo, mentre nel criterio del prezzo più basso i concorrenti trovano facile coordinare autonomamente le offerte, nel presente criterio l'alterazione della gara è difficilmente conseguibile dai soli soggetti esterni alla stazione appaltante.

Anche in tal caso, come per il prezzo più basso, vale la procedura già vista per la ricerca iterativa della offerta aggiudicataria qualora la prima e le eventuali successive offerte risultassero non congrue.

Infine, la metodologia per il calcolo della soglia idonea a individuare le offerte anormalmente basse - diversamente dal meccanismo di esclusione automatico delle offerte - non è considerato in contrasto con i principi del Trattato.⁴⁴

6. *La scelta della offerta aggiudicataria.* Quando si adotta il criterio della offerta

⁴⁴ Vedasi R. DE NICTOLIS, op.cit., pag. 256.

economicamente più vantaggiosa le alternative devono essere classificate secondo i rispettivi punteggi, per designare aggiudicataria l'offerta con il punteggio massimo.

Ciò può avvenire con due principali metodi tra loro alternativi - di cui ci occupiamo - contenuti nell'all. B del reg. n.554/99 e precisamente:

- *metodo aggregativo-compensatore*;
- *metodo ELECTRE*.

Come detto, in entrambi i metodi si richiede la conoscenza preliminare delle valutazioni delle offerte alternative in relazione a tutti i criteri o elementi, quantitativi e qualitativi fissati nel bando di gara.

Prima di illustrare i due metodi, completiamo le considerazioni sui coefficienti della matrice delle decisioni di cui al n.4.

6.1 *La valutazione degli elementi quantitativi.* Per gli *elementi quantitativi* quali ad esempio il prezzo, il tempo di esecuzione del contratto, il rendimento, il costo di manutenzione, il prezzo delle tariffe, e qualsiasi altro indicato nel bando o nella lettera di invito - proposto dai concorrenti attraverso un valore numerico - il punteggio si ottiene da una semplice interpolazione lineare - cfr all. B lett. b del reg. n.554/99 oppure la formula in all. A al reg. n.117/99 - tra il coefficiente pari a uno, attribuito agli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e il coefficiente pari a zero attribuito a quelli posti a base di gara (o meno vantaggiosi a seconda del bando).

Il risultato della proporzione fornisce il *coefficiente della prestazione* dell'elemento, senza alcun apprezzamento discrezionale.

Tuttavia, si pone un problema quando la S.A. invece di indicare nel bando il richiamo alla proporzione lineare, fa ricorso ad una diversa formula. Ad esempio la radice quadrata dei valori del tipo:

$$- P_i = P_{\max} \sqrt{P_{\min} / P_i}^{45}$$

Valutando le offerte in tal modo, è si mantenuta la posizione relativa tra le alternative, rispetto alla proporzione lineare, ma ciò non è privo di conseguenze sulla graduatoria in dipendenza del metodo adottato: segnatamente, come si vedrà in seguito, quando si assume il metodo ELECTRE, molto sensibile anche a piccole differenze di prestazione.

E' da rimarcare, in generale, la maggiore facilità delle offerte apicali - esclusa la prima cui va sempre il massimo punteggio - di sfuggire alle soglie di anomalia in conseguenza

⁴⁵ Con P_{\max} il punteggio del bando, P_{\min} il valore minimo offerto e P_i il valore dell'offerta i-esima.

dell'appiattimento dei punteggi dovuti alle formule quadratiche; oppure, al contrario, di ricevere una sopravvalutazione del punteggio delle offerte situate nella zona centrale della graduatoria, ecc.

E' infine da evidenziare la recente sentenza del Tar Lazio, sez. III quater, 25.06.2007, n.4828, per la quale *tutti gli elementi economici o tecnici, da esprimere necessariamente in forma numerica o percentuale, devono essere valutati con il criterio matematico-proporzionale, non potendo applicarsi un giudizio di valore; giudizio invece necessario quando il concorrente non può indicare cifre.*

6.2 *La valutazione degli elementi qualitativi con il metodo del confronto a coppie.* Mentre per gli *elementi qualitativi*, lo stesso all. B del reg. n.554/99 dà tre possibili criteri tra i quali il c.d. *confronto a coppie* le cui linee guida sono riportate nell'all. A del medesimo regolamento.

Esso consiste nel confrontare le offerte a due a due con l'ausilio di una tabella triangolare; nella prima riga si confronta la offerta A con tutte le restanti B, C, D, E, F ecc. e si scrive in ciascuna casella la lettera della offerta ritenuta (dal singolo commissario) migliore della coppia, con a fianco un grado di prevalenza da 1 a 6 (1 ad entrambe in caso di parità, 6 per il massimo della preferenza); nella seconda riga si confronta l'offerta B con le restanti (esclusa la A) offerte C, D, E, ecc. riportando il grado di preferenza nella casella e così via.

Al termine del procedimento ogni offerta ha ricevuto un punteggio da ogni commissario per ciascun elemento qualitativo.

La somma dei punteggi di ciascuna offerta viene rapportata all'unità dividendo tutte le somme per il valore massimo; si ottiene così il coefficiente della prestazione dell'offerta rispetto al requisito V(a) i.

Nella fig. 6 si riporta l'esempio di una tabella compilata da un componente per un elemento cui è attribuito nel bando un punteggio di 18 punti.

	B	C	D	E	F
A	B 4	C 3	D 2	E 3	A 2
B		B 2	B 3	B 2	B5
C			C 2	C 1 , E 1	C 4
D				E 2	D 3
E					E 4

fig.6 – tabella triangolare impiegata nel confronto a coppie

Sommando i punteggi di ciascuna offerta, letti sulle corrispondenti riga e colonna che individuano l'offerta stessa, si ha: A punti 2; B punti 16; C punti 6; D punti 5; E punti 9; F punti 0.

Supponendo la tabella, per brevità, il risultato di tutta la commissione - in realtà ogni componente compila una matrice triangolare i cui valori devono essere mediati - e dividendo le preferenze per il valore massimo pari a 16, si ha il seguente ordinamento dei coefficienti della prestazione: B=1; E= 0,56; C=0,37 ; D=0,31 ; A=0,12 ; F=0.

La sequenza di valori così ottenuti è proprio una riga della matrice delle decisioni per l'elemento qualitativo K i-esimo preso in considerazione.

Si fa osservare una singolarità del metodo: l'eventuale esclusione o aggiunta di una offerta dopo le valutazioni, dovuta ad esempio alle vicende amministrative della gara, comporta la perdita di significato di tutti i confronti, quindi dell'indice di valutazione e in definitiva della graduatoria.

6.3 *La classificazione delle offerte con il metodo aggregativo-compensatore.* Quando i punteggi delle offerte sono attribuiti con il metodo *aggregativo-compensatore*, l'indice di valutazione delle offerte - ovvero la graduatoria delle offerte - è ottenuto dalla somma di tutti i prodotti tra il peso attribuito al requisito o elemento e il relativo coefficiente della prestazione, fino a esaurire il numero totale dei requisiti del bando o lettera.

L'all. B del reg. 554/99 indica il metodo *aggregativo-compensatore* con la formula:

- $\sum_n [W_i * V(a)_i] = C(a)$ con
- $C(a)$ = indice di valutazione dell'offerta;
- n = numero totale dei requisiti o elementi;
- W_i = peso o punteggio del requisito i-esimo;
- $V(a)_i$ = coefficiente della prestazione relativa alla offerta (a) rispetto al requisito (i), variabile tra 0 e 1.

La discrezionalità del metodo aggregativo-compensatore è dunque dovuta solo alle valutazioni degli elementi qualitativi anche se tale discrezionalità è razionalizzata dal metodo del confronto a coppie.

Va però ricordato l'all. B (e C per i concorsi di progettazione) del reg. n.554/99 laddove consente la determinazione dei coefficienti per gli elementi di natura qualitativa anche facendo la "*media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari*", in luogo del confronto a coppie ritenuto da taluni artificioso.

Anche in tal caso, tuttavia, la discrezionalità è circoscritta dalla necessità ribadita dalla

giurisprudenza del C.S. di fissare i criteri motivazionali prima dell'apertura delle offerte qualora questi non fossero indicati nel bando o lettera di invito.

Al riguardo appare altresì interessante la sentenza del C.S., sez. V, 11.05.2007, n.2355, secondo la quale l'attribuzione di un punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione quando i criteri di valutazione prefissati (dal bando o dalla commissione prima dell'apertura delle offerte) siano estremamente dettagliati e tali da rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio.

Applicando la formula del metodo aggregativo-compensatore indicata nell'all.B del reg. 554/99 - si omettono per brevità i vari passaggi intermedi per normalizzare le prestazioni - al caso di cui alla fig. 4, si hanno i punteggi finali di tutte le offerte come di seguito: A3 (83,48), A5 (71,36), A2 (68,91), A4 (64,28), A7 (60,60), A1 (54,25), A6 (35,14).

6.4 *La classificazione delle offerte con il metodo ELECTRE.* Il metodo ELECTRE (acronimo desunto da ELimination Et Choix TRaduisant la REaltà: eliminazione e scelta traduce la realtà) consente parimenti di ottenere un ordinamento delle offerte una volta noti i *coefficienti delle prestazioni* (quantitativi e qualitativi).

Esso appartiene ad una famiglia di metodi c.d. *metodi decisionali multicriterio*, sviluppati per lo più agli inizi degli anni novanta⁴⁶, per la scelta tra diverse alternative ammissibili sulla base di più criteri di valutazione con i quali sono misurate le alternative stesse; metodi diffusamente applicati nei settori dell'industria, dell'economia, dell'ingegneria civile e industriale, dell'ambiente, della pianificazione territoriale ed urbanistica, ecc.

Propriamente tali metodi non nascono per rendere la scelta automatica - con il significato inteso nell'ambito degli appalti pubblici - ma solo come ausilio al decisore (qui commissione giudicatrice) a orientarsi tra numerose alternative tra le quali è difficile compiere una scelta a colpo d'occhio; si può anche interrompere la procedura per intervenire sui *pesi* o su altre relazioni di confronto allo scopo di giungere alla migliore scelta.

Tale ingerenza non rappresenta però un aspetto negativo della metodologia, anzi ne costituisce un punto di forza.

Il metodo ha conosciuto un certo numero di varianti⁴⁷ - sembra oltre sette - dovute

⁴⁶ Cfr Vincke 1992, Roy e Bouyssou 1993, Roy 1996.

⁴⁷ Per la formulazione matematica del metodo electre e alcune varianti vedasi M. PAOLUCCI, *Metodi Decisionali Multi Criterio*, DIST, Università di Genova, 2000/2001 e M. F. NORESE "Introduzione ai criteri di surclassamento", *Metodi e modelli per il supporto alle decisioni*, Dispense integrative, Politecnico di Torino, 2002, nonché G.B. LAS CASAS, sulle applicazioni alla pianificazione economica ed urbanistica, reperibili in internet.

all'esigenza di specializzare la metodologia al tema da trattare ma tutti articolati in due fasi.

In una prima fase si confrontano le prestazioni delle alternative (A_i) a due a due e criterio per criterio, applicando il concetto di *surclassamento* e pervenendo, al termine dei confronti, ad un insieme di indici da disporsi in una tabella di lavoro; nella seconda fase – la più complessa in ogni metodo, compreso quello del regolamento - si procede alla classificazione delle alternative cioè alla formazione della graduatoria.

Il surclassamento è valutato con l'applicazione di test c.d. di *concordanza* e *non discordanza* diversi tra i vari metodi e più o meno sofisticati come ad esempio in ELECTRE III.

In alcuni metodi la parola surclassamento è scambiata con *concordanza*, ma sempre a intendere molta soddisfazione nel ritenere A_i preferibile ad A_j e poca insoddisfazione nel preferire A_i ad A_j .

Un test di concordanza⁴⁸ impiegato in ELECTRE II - qui se ne assume uno tra i più semplici - è quello di stabilire, con riferimento a due alternative \mathbf{a} e \mathbf{a}' , e definiti P^+ , P^- e P^- rispettivamente le somme dei pesi per i criteri in cui \mathbf{a} è migliore di \mathbf{a}' , \mathbf{a} è uguale ad \mathbf{a}' , \mathbf{a} peggiore di \mathbf{a}' , la verifica delle seguenti due condizioni:

- $c = P^+(\mathbf{a}, \mathbf{a}') + P^-(\mathbf{a}, \mathbf{a}') \geq c_f$
- $P^+(\mathbf{a}, \mathbf{a}') / P^-(\mathbf{a}, \mathbf{a}') \geq 1$

con \mathbf{c} *indice di concordanza*, cui si assegna un valore detto *soglia di concordanza* fissato o con $\mathbf{c}_f = 3/4$, soglia forte, oppure con $\mathbf{c}_d = 2/3$, soglia debole.

Ad esempio nel confronto tra a_1 e a_2 - cfr matrice delle decisioni al n.4 e i risultati dei confronti in fig. 7 - i criteri in cui la prima è preferibile alla seconda sono quelli rappresentati dai numeri 1 e 2; quindi P^+ è la somma di p_1 e p_2 ossia di $0,22 + 0,10$ in totale pari a $0,32$, mentre le stesse si eguagliano per i criteri 4 e 6 con P^- pari a $0,05$ e così via.

Le due relazioni hanno un significato intuitivo: nella prima, in almeno $3/4$ dei criteri, le prestazioni di \mathbf{a} non sono inferiori ad \mathbf{a}' oppure, più in generale, in \mathbf{c} criteri sul totale dei criteri, laddove la somma dei valori dei pesi P è ridotta a 1 (cosa sempre necessaria). Non sfugga la possibilità di vedere il parametro c come una percentuale.

La seconda assicura la superiorità numerica dei pesi complessivamente a favore rispetto ai pesi a sfavore; se così non fosse non sarebbe logico accettare la concordanza.

Quanto alla fissazione del valore di soglia, questo è un problema piuttosto delicato per le conseguenze sulla classificazione, in quanto, se \mathbf{c} è grande, si riducono i surclassamenti e quindi le alternative dominanti tra le quali effettuare la scelta; al contrario con \mathbf{c} basso

⁴⁸ Cfr M.F. NORESE, op.cit.

aumentano le alternative dominanti e quindi il metodo è poco adatto a selezionare, come vedremo a proposito della seconda fase.

Affinché vi sia il surclassamento di **a** su **a'** è tuttavia necessario il superamento anche del test di *non discordanza* consistente nel verificare, supposto **a'** peggiore di **a** (nei criteri con segno -, ossia a sfavore), l'assenza di un *veto* prefissato dal decisore per escludere alternative inaccettabili, cioè una barriera al surclassamento di **a'** da parte di **a**.

In definitiva se si pone un veto su un certo criterio, il surclassamento di **a'** da parte di **a** non può avvenire, anche se **a** ne possiede i presupposti (il veto si esplicita con una coppia di valori, ad esempio 0, 0.7).

Riassumendo, quando il confronto tra due alternative **a** e **a'** supera entrambi i test si può concludere col ritenere **a** dominante su **a'** e si rappresenta con il simbolo **a S a'**.

Se si applica il metodo alla gara di cui al n.6 e per i test della prima fase si fissano le soglie con $c_f = 0,75$ e $c_d = 0,60$ si ottiene la *tabella degli indici di concordanza* di seguito in fig. 7 (non si attivano situazioni di veto).

	+	=	-	$P^+ \geq P^-$	$P^+ + P^- > c$	VETI	S _F	S _D
A1 A2	1 2	4 6	3 5 7	SI	0,37			
A1 A3	-	2	1 3 4 5 6 7	NO	-			
A1 A4	7	6	1 3 4 5 7	NO	-			
A1 A5	2 7	-	1 3 4 5 6	SI	0,50			
A1 A6	1 3 4 7 2	6	5	SI	0,95		A1 S A6	
A1 A7	4 7	1 2 6	3 5	SI	0,92		A1 S A7	
A2 A1	3 5 7	4 6	1 2	SI	0,68			A2 S A1
A2 A3	3 5	-	1 2 4 6 7	NO	-			
A2 A4	5 7	6	1 2 4	NO	-			
A2 A5	3 7	5	1 2 4 6	SI	0,63			A2 S A5
A2 A6	1 3 4 5 7	6	-	SI	1		A2 S A6	
A2 A7	4 5 7	6	1 2 3	NO	-			
A3 A1	1 3 4 5 6 7	-	-	SI	1		A3 S A1	
A3 A2	1 2 4 6 7	-	3	SI	0,82		A3 S A2	
A3 A4	1 6 7	4	2 3 5	SI	0,67			A3 S A4
A3 A5	1 2 7	4	3 5 6	SI	0,75		A3 S A5	
A3 A6	1 2 4 6 7 3	-	5	SI	0,95		A3 S A6	
A3 A7	1 4 6 7	2	3	SI	0,82		A3 S A7	
A4 A1	1 2 3 4 5	6	7	SI	0,60			
A4 A2	1 2 4	6	3 5 7	NO	-			
A4 A3	2 5 3	4	1 6 7	NO	-			
A4 A5	2	4	1 3 5 6 7	NO	-			
A4 A6	1 2 3 4 5 7	6	-	SI	1		A4 S A6	
A4 A7	1 2 4 7	6	3 5	SI	0,77		A4 S A7	
A5 A1	1 3 4 5 6	-	2 7	SI	0,50			
A5 A2	1 2 4 6	5	7 3	NO	-			
A5 A3	3 5 6	4	1 2 7	NO	-			
A5 A4	1 3 5 6 7	4	2	SI	0,90		A5 S A4	
A5 A6	1 2 3 4 5 6 7	-	-	SI	1		A5 S A6	
A5 A7	1 4 5 6 7	-	2	SI	0,90		A5 S A7	
A6 A1	5	6	1 2 3 4 7	NO	-			
A6 A2	-	2 6	1 3 4 5 7	NO	-			
A6 A3	5	-	1 2 3 4 6 7	NO	-			
A6 A4	-	6	1 2 3 4 5 7	NO	-			
A6 A5	-	-	1 2 3 4 5 6 7	NO	-			
A6 A7	-	6	1 2 3 4 5 7	NO	-			
A7 A1	3 5	1 2 6	4 7	NO	-			

	+	=	-	$P^+ \geq P^-$	$P^+ + P^- > c$	VETI	S_F	S_D
A7 A2	1 2 3	6	4 5 7	SI	0,52			
A7 A3	3 5	2	1 4 6 7	NO	-			
A7 A4	3 5	6	1 2 4 7	NO	-			
A7 A5	2 3	-	1 4 5 6 7	NO	-			
A7 A6	1 2 3 4 5 7	6	-	SI	1		A7 S A6	

fig.7 – quadro sinottico degli indici di concordanza

Nella seconda fase si procede alla c.d. classificazione delle alternative con la costruzione di un primo grafo di lavoro - fig. 8 - con il surclassamento forte, i cui nodi rappresentano le alternative collegate con un tratto e una freccia orientata in accordo alla relazione $a S a'$.

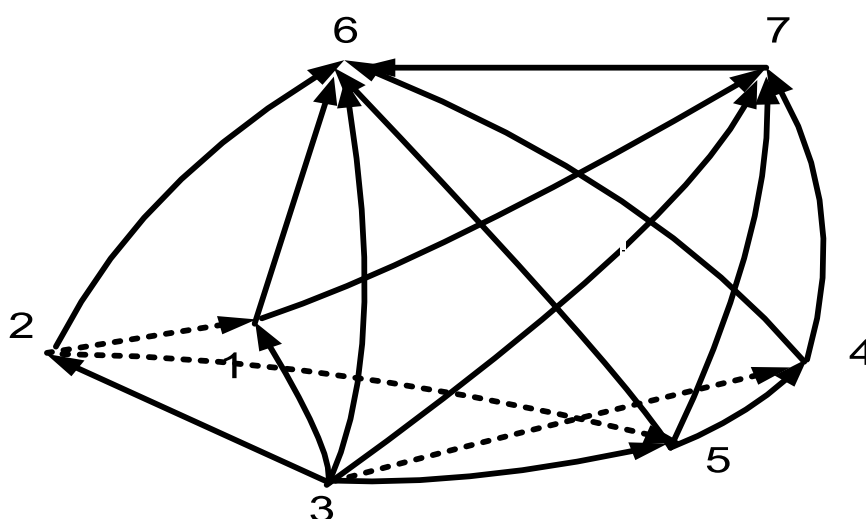


fig.8 – grafo dei surclassamenti: individuazione della prima classe

Partendo dall'alto, cioè dal nodo con il maggior numero di surclassamenti e, dopo aver verificato l'assenza di c.d. *circuiti* - nodi da cui si parte e si ritorna passando per altri nodi -, si riconosce l'alternativa A3 l'unico nodo non surclassato: A3 si pone nella *prima classe* del preordine dall'alto.

Il successivo grafo di fig. 9, per ricavare la seconda classe, si ottiene eliminando dal primo grafo il nodo classificato, con il seguente risultato:

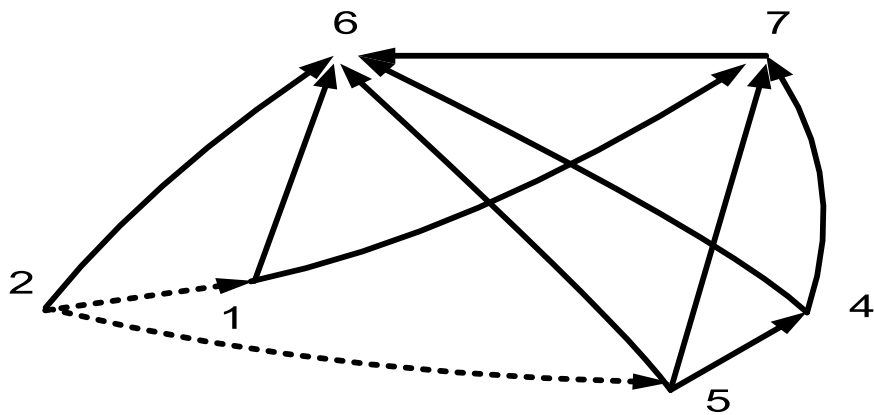


fig.9 – grafo dei surclassamenti: seconda classe

In esso vi sono due nodi A2 ed A5 non surclassati, dunque entrambi candidati alla seconda classe. Dalla tabella degli indici si rileva però un surclassamento debole di A2 su A5, per cui in *seconda classe* deve porsi A2.

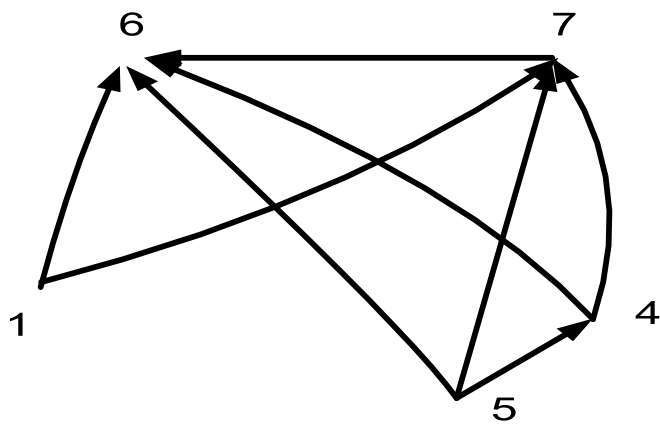


fig.10 – grafo dei surclassamenti: terza classe

Nel terzo grafo di fig.10, i nodi non surclassati sono ancora due: A1 ed A5; ma nessuno prevale sull'altro anche se si considera il surclassamento debole. Le due alternative devono perciò entrare provvisoriamente ex equo nella *terza classe* del preordine.

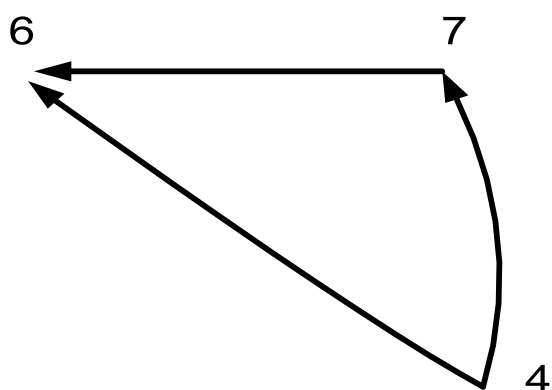


fig.11 – grafo dei surclassamenti: quarta classe

Si vede poi in fig. 11, l'alternativa A4, unica non surclassata tra le restanti: va perciò posta senza dubbio nella *quarta classe*.

Senza necessità di costruire altri grafi, la A7 si pone in *quinta classe* e la A6 nell'ultima e *sesta classe*.

Al termine della procedura la classificazione dall'alto (preordinamento) risulta: A3, A2, A1-A5, A4, A7, A6, con A1 e A5 ex-equo.

E' poi necessario verificare la c.d. classificazione dal basso, applicando le stesse regole viste ma partendo dal nodo più surclassato e via via risalendo il grafo - omesso per brevità - ottenendo la seguente classificazione (preordinamento): A6, A7, A4, A1, A5, A2, A3.

Si nota lo scostamento delle graduatorie nella terza classe il quale va risolto con la *intersezione* dei due preordini, facendo cioè prevalere gli elementi comuni alla classe. La classificazione finale è: A3, A2, A5, A1, A4, A7, A6.

La graduatoria finale coincide, in tal caso, con quella ottenuta applicando il metodo aggregativo-compensatore.

Al di là dell'esempio svolto per illustrare la procedura, sono da cogliere due aspetti e segnatamente: la delicatezza della scelta delle soglie di surclassamento da operare già nel bando di gara; la complessità della procedura riscontrabile nella classificazione finale.

La non univocità dei preordini suggerisce di solito la scelta di tre soglie di surclassamento ($C1 > C2 > C3$) e due di discordanza ($D1 < D2$) al fine di evitare classificazioni ex-equo o altre anomalie quali per esempio le c.d. posizioni ballerine, cioè di quelle alternative presenti in classi distanti tra loro. In altre varianti del metodo - electre II ed electre III - le alternative

considerate dipendono da come sono fissati alcuni coefficienti - indicati con c_0 e d_0 con valori di confine rispettivamente pari a 0,5 ed 1 - con i quali si confrontano le prestazioni delle alternative e al cambiare dei quali aumentano o diminuiscono le alternative partecipanti alla scelta finale. Fino a formulazioni (in ELECTRE III) più sofisticate nelle quali l'adozione di soglie di preferenza, indifferenza e di veto, sembra però compensata dalla maggiore facilità della classificazione finale.

E' tuttavia da rimarcare la assenza di qualsiasi incertezza nella classificazione finale, una volta fissate nel bando le regole e le soglie della procedura.

6.5 *Il metodo ELECTRE secondo il reg. n.554/99.* Il regolamento n.554/99, all.B⁴⁹ ha fornito una versione semplice del metodo ELECTRE nell'intento di rendere il più possibile automatica la classificazione e senza la costruzione del grafo.⁵⁰

E' ovvia la conoscenza preliminare delle prestazioni a_{ki} per ogni criterio di valutazione c_{ki} . A partire dalla matrice delle decisioni (valori a_{kij}) si compilano con significati del tutto intuitivi le matrici di *preferenza* e *dominanza* con i diverso da j :

- $f_{kij} = a_{ki} - a_{kj}$ con $a_{ki} > a_{kj}$
- $g_{kij} = a_{kj} - a_{ki}$ con $a_{kj} > a_{ki}$.

Quindi si elaborano le matrici di *concordanza* (c_{ij}) e *discordanza* (d_{ij}) con

- $c_{ij} = \sum_{k=1}^n (f_{kij}/s_k) * p_k$
- $d_{ij} = \sum_{k=1}^n (g_{kij}/s_k) * p_k$

con s_k gli *scarti* massimi delle prestazioni e p_k i punteggi per ciascun criterio; si elabora poi la matrice degli *indicatori unici di dominanza*:

- $q_{ij} = c_{ij} / d_{ij}$

e, infine, dalla somma degli indicatori unici di dominanza si ottiene il punteggio da cui si ricava l'ordinamento finale delle alternative:

- $P_{ij} = \sum_{k=1}^r q_{ij}$

Con riferimento all'esempio già visto di fig. 4, si riportano in fig. 12 le matrici di preferenza e dominanza per il solo criterio $k = 1$ (in realtà sono necessarie sette coppie), ricavate con i noti

⁴⁹ Si segnalano alcuni refusi nelle formule delle disuguaglianze.

⁵⁰ La costruzione grafica si può omettere affidando la classificazione a soli conteggi da organizzare con tabelle.

fogli elettronici per l'automazione dei conteggi.

F _{1IJ}	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
A1	0	10	0	0	0	21	0
A2	0	0	0	0	0	11	0
A3	90	100	0	71	40	111	90
A4	19	29	0	0	0	40	19
A5	50	60	0	31	0	71	50
A6	0	0	0	0	0	0	0
A7	0	10	0	0	0	21	0

G1 IJ	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
A1	0	0	90	19	50	0	0
A2	10	0	100	29	60	0	10
A3	0	0	0	0	0	0	0
A4	0	0	71	0	31	0	0
A5	0	0	40	0	0	0	0
A6	21	11	111	40	71	0	21
A7	0	0	90	19	50	0	0

fig.12 – matrici di preferenza e dominanza rispetto al criterio K1

Mentre in fig. 13 le matrici di *concordanza* e *discordanza* - sempre uniche come si può comprendere dagli indici - risultano:

C IJ	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
A1	0,00	2,87	0,20	1,11	1,64	8,96	2,21
A2	43,24	0,00	26,49	21,82	5,28	46,61	17,10
A3	55,27	48,85	0,00	38,42	21,39	66,56	47,80
A4	21,34	12,95	7,57	0,00	4,64	25,73	10,78
A5	18,13	11,67	8,08	11,68	0,00	19,49	13,22
A6	1,81	0,00	0,74	0,00	0,00	0,00	0,00
A7	67,96	44,29	42,00	38,18	32,84	120,0	0,00

D IJ	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
A1	0,00	15,86	29,82	15,51	35,58	6,84	15,46
A2	7,84	0,00	71,88	25,68	62,43	5,41	17,84
A3	0,37	18,00	0,00	10,19	29,39	7,71	17,45
A4	1,53	11,01	28,52	0,00	31,53	3,00	9,20
A5	0,84	0,99	5,88	1,72	0,00	1,11	2,68
A6	1,67	3,19	6,71	3,49	7,15	0,00	3,10
A7	17,01	48,32	198,7	60,37	199,8	9,16	0,00

fig.13 – matrici di concordanza e discordanza

Si osserva – per quanto disposto dal regolamento – l'assenza di zeri nelle colonne in D_{ij} . Ciò equivale a escludere la presenza di alternative da eliminare dal c.d. *nucleo delle alternative*, cioè di quelle sicuramente dominate da almeno un'altra alternativa presente nel nucleo e perciò mai da scegliere.

Quindi in fig.14 la matrice degli *indicatori unici di dominanza* Q_{ij} risulta:

Q IJ	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
A1	0,00	0,18	0,01	0,07	0,05	1,31	0,14
A2	5,52	0	0,37	0,85	0,08	8,62	0,96
A3	150,4	2,71	0	3,77	0,73	8,63	2,74
A4	13,94	1,18	0,27	0	0,15	8,58	1,17
A5	21,70	11,82	1,37	6,80	0	17,54	4,94
A6	1,08	0,00	0,11	0,00	0,00	0,00	0,00

Q IJ	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
A7	3,99	0,92	0,21	0,63	0,16	13,10	0

fig.14 – matrice degli indicatori unici di dominanza

I punteggi si ottengono:

P IJ	
A1	1,76
A2	16,40
A3	169,1
A4	25,28
A5	64,18
A6	1,19
A7	19,02

fig.14 – matrice dei punteggi finali

La graduatoria finale risulta: A3, A5, A4, A7, A2, A1, A6.

Tornando agli aspetti generali, l'allegato B prevede la possibilità di applicare anche “*uno degli altri metodi multicriteri o multiobiettivi* disponibili nella letteratura scientifica”; sicché appare lecito adottare, nel bando di gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa, una delle possibili varianti note in letteratura richiedente, come visto, i coefficienti **c** e **d**.

I coefficienti necessari agli algoritmi scelti dalla stazione appaltante, devono essere stabiliti dalla commissione giudicatrice prima della apertura delle offerte e meglio sarebbe se fossero indicati nel bando di gara.

Il vantaggio del *metodo electre* può essere riassunto nel ruolo giocato anche dagli aspetti reciprocamente negativi delle offerte (discordanze), fino alle relazioni di veto (coefficiente v_j) nella valutazione delle prestazioni per escludere le offerte al disotto di determinati standard prefissati.

Le relazioni di veto possono perciò rappresentare l'espressione matematica delle soglie di sbarramento di cui all'art. 83 comma 2 del Codice, per la esclusione delle offerte dall'algoritmo di selezione finale.

Come visto, anche se tale metodologia è basata sulla valutazione discrezionale delle prestazioni qualitative iniziali, essa risulta particolarmente valida quando vi sono in gioco molti criteri di valutazione con una distribuzione dei pesi senza grandi sproporzioni - come invece ad esempio 60 punti al prezzo e 40 ai restanti elementi-; infatti qualora vi fosse un

peso preponderante rispetto ad altri, la scelta sarebbe condizionata significativamente dal criterio corrispondente e l'applicazione del metodo non darebbe risultati significativi.

Infine, l'art.15 comma 12 del reg. n.554/99 prevede l'obbligo di applicazione dell'analisi multicriteri quando sono proponibili più soluzioni progettuali per rispondere al piano esigenziale della stazione appaltante - ad esempio: il tracciato di un collegamento viario, la tipologia di un edificio, il sistema degli impianti, le modalità di gestione, ecc -; ciò dimostra l'importanza riconosciuta dal legislatore alla metodologia in esame.

Le caratteristiche indicate rendono il metodo ELECTRE particolarmente adatto ai concorsi di progettazione, ambito dove sembra registrare un certo successo applicativo.

7. *La valutazione della congruità delle offerte.* Il Codice⁵¹ ha previsto all'art.85 comma 6 la giustificazione delle offerte sin dalla presentazione - indifferente se formulate mediante ribasso percentuale o a prezzi unitari - di tutti i prezzi ossia del 100 % delle voci e non più limitatamente delle voci più significative per almeno il 75 % dell'importo a base di gara come nell'art. art.21 comma 1-bis della legge quadro.

L'estensione delle giustificazioni a tutto l'importo, risponde all'esigenza di consentire immediate valutazioni della congruità,⁵² senza neppure avviare la richiesta di ulteriori giustificazioni; la totalità delle giustificazioni già con l'offerta, è infatti da mettere in relazione ai tempi molto stretti previsti dall'art.89 per le eventuali e successive richieste di chiarimento sulle voci. E a consentire alla stazione appaltante di procedere alla eventuale esclusione nel caso di mancato riscontro alle richieste di maggiori delucidazioni sui costi o in caso di mancata presentazione alla convocazione del concorrente sottoposto a verifica.

In tal modo si assicura una durata contenuta al procedimento di selezione e l'operatore economico è spinto a formulare una richiesta seria ed attendibile sin dalla presentazione dell'offerta non potendo contare su tempi ampi per gli approfondimenti a posteriori.

Un inconveniente sembra però quello di non aver assistito con adeguata sanzione il mancato riscontro dell'operatore alle richieste di delucidazioni, lasciando in tal modo a questi la possibilità di condizionare la soglia di anomalia e, in definitiva, di dilatare il tempo per individuare l'offerta aggiudicataria.

Qualora invece l'esame dei prezzi e relative giustificazioni non sono sufficienti al giudizio di congruità, il r.p. potrà prendere in considerazione altri elementi dell'offerta: a titolo

⁵¹ Paragrafo ripreso da articolo pubblicato su giustamm.it con integrazioni.

⁵² L'obbligo della verifica di congruità dei contratti pubblici, all'epoca suggerito dalle impellenti esigenze economiche dello Stato, nonché il richiamo al concetto di costi standardizzati (per regione e per tipo di lavoro), è stato introdotto dalla legge finanziaria n.537 del 24.12.1993, commi 6 e 17.

esemplificativo e dunque non tassativo, la norma elenca all'art. 87 comma 2 l'economia del processo di fabbricazione ecc., le soluzioni tecniche adottate, le condizioni di favore sui prodotti, sui lavori ecc., l'originalità del progetto o delle forniture o dei servizi, ecc.

Nei casi in cui sia posto a base di gara un progetto esecutivo - ai sensi dell'art. 76 non può ricevere varianti progettuali in sede di offerta - gli elementi aggiuntivi di cui sopra, difficilmente sono tali da ribaltare un giudizio basato sulle giustificazioni iniziali dei prezzi. Anche perché le argomentazioni spendibili sulle condizioni eccezionalmente favorevoli ad esempio sui prezzi o sulla organizzazione del lavoro o delle forniture, sono state già utilizzate nell'offerta.

Il Codice detta poi regole minuziose da applicare quando debba rifiutarsi un'offerta, regole riprese dalla disciplina previgente sui lavori e sui servizi, dalle direttive 2004/18/CEE e 2004/17/CEE e segnatamente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, tra le quali, occorre sottolineare, la convocazione e audizione dell'offerente quando si debba escludere la sua offerta.

Dal punto di vista metodologico la verifica della stazione appaltante - affidata al r.p. o ad una commissione ad hoc - è basata comunemente sul controllo delle varie componenti dell'offerta.⁵³ Oltre agli elementi desunti dal progetto e dai risultati della validazione⁵⁴.

Ai fini della verifica della congruità, non può invece tenersi conto dei costi della mano

⁵³ In generale per la congruità delle offerte relative ai lavori si prendono in considerazione:

- spese generali, da valutarsi sulla base di una relazione giustificativa prodotta dal concorrente;
 - utili previsti e segnatamente le ragioni che eventualmente consentono le riduzioni al di sotto del valore convenzionalmente indicato;
 - costi elementari della mano d'opera da confrontarsi con i costi pubblicati periodicamente in apposite tabelle da vari organismi primo tra tutti il Ministero del lavoro, i Provveditorati alle OO.PP. e in generale dalle Camere di commercio (cfr art. 87 comma 2 lett. g);
 - mezzi d'opera, con riferimento ai costi delle analisi dei prezzi unitari, con particolare riferimento ai mezzi meno comuni dei quali occorrerà altresì considerare l'idoneità ai lavori ecc. e la relativa produttività;
 - libro dei cespiti, al fine di verificare e valutare la reale dotazione organica del concorrente o valutazione delle indicazioni alternative;
 - costi elementari dei materiali, di cui alle analisi, da confrontare con quelli noti del mercato presso i produttori o fornitori, con particolare attenzione alla validità sostanziale di tale documentazione;
 - disponibilità di cave, di discariche, di scorte di magazzino ecc. comprovanti la provenienza dei materiali, la fattibilità dello smaltimento nel rispetto delle norme ambientali ecc.;
 - attendibilità delle analisi dei prezzi unitari, dal punto di vista delle incidenze temporali (cfr con i cronoprogrammi di progetto) e costi orari della mano d'opera, delle produttività dei mezzi previsti per l'esecuzione (cfr specifiche dei mezzi posseduti o noleggiati e quantitativi del computo metrico di progetto);
 - completezza delle analisi giustificative dei prezzi unitari;
 - confronti dei prezzi offerti con quelli dei prezzari locali ecc.;
 - costi degli avvalimenti, se non indicati nelle spese generali;
 - costi e oneri finanziari in relazione alla durata dell'opera, se non indicati nelle spese generali;
- ed altre voci variabili da caso a caso.

⁵⁴ Gli estremi della validazione devono essere indicati nei bandi di gara delle grandi opere; nulla vieta di estendere la prescrizione a tutti i contratti quando la validazione assume un ruolo significativo. Infatti in tale fase possono emergere anche prescrizioni o integrazioni significative attinenti il progetto e quindi il contratto ecc.

d'opera inferiori ai minimi stabiliti dalle leggi o dai contratti collettivi di lavoro (cfr art.87 comma 3) o dagli eventuali aiuti ottenuti illegalmente dal concorrente da parte dello stato (cfr art.87 comma 5); ne può tenersi conto di giustificazioni legate ai costi o oneri della sicurezza di cui al D.Lgs. n.494/1996 e D.P.R. n.222/2003 per i contratti di lavori.

Per i contratti di servizi e forniture, la stazione appaltante deve inoltre obbligatoriamente verificare la congruità del *costo della sicurezza* e, per i contratti di lavori, servizi e forniture, anche del *costo del lavoro* rispetto all'offerta economica (cfr art. 87 comma 4-bis, con le modifiche del D.Lgs. n.6/2007 e art.86 comma 3-bis con le modifiche apportate dalla legge n.123 del 3.08.2007)⁵⁵; costi da indicare di norma nell'offerta a cura del concorrente.

Stando al nuovo tenore letterale del comma 3-bis dell'art.86, l'obbligo di verifica della congruità del *costo della sicurezza* rispetto all'offerta, vi sarebbe anche per i lavori; tuttavia la verifica - in sede di offerta - del *costo della sicurezza* per i lavori appare una previsione non corretta in quanto il detto costo è determinato dalla Stazione Appaltante ai sensi dell'art.131 prima della gara e non è modificabile da parte del concorrente.

Dunque tali precetti richiedono la verifica dei *costi della sicurezza* e del *costo del lavoro* indicati dal concorrente, una volta accertata la congruità generale dell'offerta.

Sul piano normativo si conferma la scelta del legislatore di delegare i prestatori e non la stazione appaltante alla sicurezza nei contratti di servizi e forniture: infatti l'art.131 si applica esclusivamente ai contratti di lavori.

E' inoltre da porre attenzione sulla accettabilità della documentazione giustificativa al fine di evitare la possibilità al concorrente interessato alla verifica, di sbarrare la strada alla stazione appaltante nell'accertamento dei costi effettivi a base dell'offerta: problema, sembra, particolarmente sentito nei contratti di forniture dove talora occorre giungere alla effettiva fonte dei costi, desumendo i limiti agli approfondimenti da parte della stazione appaltante dai principi di proporzionalità e di adeguatezza ecc.

In proposito, con delibera n.122 del 19 aprile 2007, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ha stabilito: “... *l'amministrazione dispone di un ampio margine di discrezionalità tecnica per l'effettuazione della verifica dell'anomalia, dovendo la stessa chiedere chiarimenti in ordine a tutte le componenti dell'offerta, ivi comprese le sub-forniture, soprattutto nel caso in cui influiscano in modo preponderante sull'offerta complessiva.*”

Le valutazioni scaturenti dai suddetti elementi e quelle derivanti dall'audizione finale del

⁵⁵ Vedasi R. DE NICTOLIS, op.cit., pag. 263. Si osserva anche: la terminologia *verifica dell'anomalia delle offerte* nel comma 3-bis dell'art.86, modificato dall'art.8 della legge n.123/2007, deve essere intesa quale *verifica di congruità delle offerte* e che la sua collocazione sarebbe stata più corretta nell'art.87.

concorrente sono poi elaborate attraverso metodi propri della stazione appaltante, metodi non univoci o propriamente automatici, di solito caratterizzati inevitabilmente da ragionamenti più o meno empirici derivanti dalle singole esperienze professionali.

Del resto, se vi fossero metodi completamente oggettivi per la valutazione dell'attendibilità economica di un'offerta, tali metodi costituirebbero essi stessi dei criteri di aggiudicazione (o di esclusione, automatica o non).

Ne è prova la necessità di spiegazioni dirette del concorrente quale indice della complessità della verifica e degli automatismi. La difficoltà delle verifiche è dovuta alla natura del tutto riservata dei costi d'impresa e del suo vero utile.⁵⁶

Ma indipendentemente dalla metodologia di verifica adottata, questa deve culminare con un giudizio complessivo e motivato circa l'accettabilità dell'offerta, giudizio richiedente alla stazione l'esercizio di una *discrezionalità tecnica, notoriamente sindacabile solo se manifestamente illogica, contraddittoria o errata*.

In particolare per i servizi dovrà essere approntata una progettazione (cfr art.94) da cui desumere gli elementi di verifica; mentre per le forniture, di norma desunte dai cataloghi, dovrà introdursi nella pratica corrente il ricorso alle tecniche di analisi dei costi tipiche dei lavori pubblici.

Le corrette giustificazioni per la verifica di congruità, da riportarsi nei bandi di gara o nelle lettere d'invito, dovranno comunque discendere dal progetto.

E' interessante richiamare l'attenzione sulle novità introdotte dal D.Lgs. n.6/2007 a proposito della individuazione degli importi da porre a base di appalto, per i lavori, servizi e forniture: la stazione appaltante deve assicurare il rispetto dei minimi fissati per il costo del lavoro già in fase di progettazione e quindi assumerli nelle analisi per stabilire i prezzi unitari a base di appalto (cfr art. 87, comma 3).

L'art. 89 del Codice da altresì indicazioni sui prezzi da assumere a base di gara o per la valutazione del carattere anormalmente basso delle offerte quando vi siano in gara meno di cinque concorrenti e, più in generale, della convenienza o meno dell'aggiudicazione (cfr comma 1): indicando la facoltà di prendere come base di orientamento i costi standardizzati⁵⁷

⁵⁶ Un esempio di metodo di verifica della congruità è stato di recente applicato da R. Gaddi, in *Edilizia e Territorio*, n. 31, 7/12 agosto 2006, pag. 18. Esso consiste nel confronto tra l' *importo di anomalia* e l' *utile dell'offerta* calcolati entrambi dalla commissione anche sulla base dei prezzi unitari formulati da tutti i concorrenti. La decisione finale su tale disegualianza è comunque ampiamente discrezionale, laddove occorre decidere empiricamente se la differenza tra i detti importi è accettabile o no. Uno spunto interessante, sembra quello di dover riflettere circa la utilizzabilità dell'uso delle medie dei prezzi elementari dei concorrenti nella verifica di congruità di una offerta reputata anormalmente bassa.

⁵⁷ Si noti che il Codice ha indicato l'impiego dei costi standardizzati ai soli fini di orientamento; tale formula appare adeguata dato il carattere poco approssimato di detti costi che, quand'anche desunti, a nostro avviso, non

e i prezzi unitari del Genio Civile o in generale i prezziari vigenti nel luogo dove di eseguono gli interventi.

Circa l'uso dei costi standardizzati e degli altri prezziari, per le valutazioni sul carattere anormalmente basso delle offerte, nessun prezziario è più attendibile di quello del progetto.

Tornando infine alla questione della verifica di congruità quando le offerte sono meno di cinque e il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, caso nel quale non si dispone della soglia di anomalia per la individuazione delle offerte anormalmente basse, si pone la questione di come si può riconoscere il carattere anormalmente basso dell'offerta sopra o sotto soglia comunitaria.

L'art. 89, comma 1, del Codice – recante indicazioni per rilevare la congruità dei prezzi - non sembra dare una soluzione alla questione posta.

La norma citata indica: *al fine di stabilire se una offerta è o meno anormalmente bassa, mancando appunto la soglia, le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato rilevabile* o, a fini di orientamento, prendono in considerazione i costi standardizzati ecc.

L'esito di tale confronto può anche essere quello di non qualificare l'offerta anormalmente bassa e, come tale, l'offerta medesima, potrebbe essere dichiarata aggiudicataria senza la verifica di congruità propriamente intesa; con la conseguenza di operare in un modo del tutto asimmetrico rispetto ai procedimenti con cinque offerte ecc.⁵⁸

La discrezionalità del r.p. o della commissione (di verifica), insita nella verifica di congruità, sarebbe in tal caso molto più ampia e protetta dalla assenza di motivazione sulla congruità.

Se invece, al confronto dell'offerta con i costi standardizzati o con i prezzi di mercato, si conviene nel dare lo stesso contenuto di una verifica di congruità, allora non può effettuarsi una verifica di congruità propriamente intesa.

Sembra allora ragionevole, nel caso di procedimenti con meno di cinque offerte, ritenere obbligatoria la verifica di congruità della migliore offerta per l'aggiudicazione provvisoria.

Resta comunque sempre valida la facoltà del responsabile del procedimento, di sottoporre ad una valutazione di congruità "ogni offerta che lo richieda" (cfr art.86 comma 3 richiamato dallo stesso art.124 comma 8) quando vi siano elementi specifici.

Una evidenza di quanto sia stata sino ad ora infrequente l'esito positivo della verifica di congruità delle offerte, si può desumere dai dati del monitoraggio svolto dall'Autorità sulle

li renderebbe idonei per le valutazioni di congruità propriamente intese, dove si richiedono conoscenze dei costi con alto grado di approssimazione anche per le ridottissime differenze che di norma vi sono tra le offerte anormalmente basse.

⁵⁸ Del resto, se così fosse, non vi vede perché ciò non vale a maggior ragione da 5 offerte comprese e oltre.

cause di esclusione delle offerte dal procedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art.89⁵⁹ del reg. n.554/1999 per l'anno 2002 (appalti sopra soglia o con meno di 5 partecipanti).

In tale periodo sono state escluse complessivamente 211 offerte: in 81 casi l'appaltatore non ha fornito risposta alle richieste di giustificazioni sui prezzi ecc., in 21 casi le offerte non erano corredate dalle giustificazioni (del 75 % delle voci); nei soli rimanenti 109 casi l'esclusione è dovuta all'esito positivo della verifica di congruità.

Rimane tuttavia non sondata l'adeguatezza delle tecniche di verifica della congruità.

8. *La turbativa di gara.* Tra le anomalie più frequenti del procedimento di affidamento si trova la "turbativa di gara".

Alla elevata frequenza di tali eventi, pressoché uniforme su tutto il territorio nazionale, corrisponde una notevole difficoltà di indagine e di accertamento, se si escludono le dichiarazioni delle persone coinvolte o le intercettazioni ambientali. Risorse certamente troppo limitate se si considera la effettiva presumibile estensione del fenomeno.

Un punto interessante deriva dalla osservazione dei ribassi di una serie di aste pubbliche e licitazioni private al disotto della soglia comunitaria, prima del nuovo Codice pubblicato con il D.Lgs. n.163/2006 - criterio di aggiudicazione di cui all'art.21 comma 1-bis legge n.109/94 -: sono state rilevate quattro marcate tendenze dei ribassi.

La prima è caratterizzata da una distribuzione con andamento "uniforme" con i valori delle offerte percentuali dislocati tutti all'interno di qualche punto percentuale.

In un grafico avente in ascissa le offerte e nelle ordinate i valori di ribasso disposti in senso crescente, si trova una retta pressoché orizzontale, il cui valore di intercetta (con le ordinate) dipende, nelle osservazioni fatte, dalla località nella quale si è svolta la gara.

Nella regione Sicilia tali valori - nel periodo preso in considerazione - oscillavano all'interno di qualche punto percentuale e solitamente al disotto dell'1%; mentre in varie stazioni appaltanti del nord si è riscontrato un valore di intercetta intorno al 15 % o talora di più.

Se si elabora un istogramma con l'accortezza di fissare in modo adeguato la classe di descrizione dei ribassi - appare sufficiente in questo caso un intervallo delle classi del 2 o 3 % - tutti i ribassi sono dislocati in un'unica barra.

A seguito della introduzione anche in Sicilia del criterio di aggiudicazione di cui all'art. 21 comma 1-bis della legge n.109/94 - ad opera della legge regionale n.7 del 2.8.2002 - è stata

⁵⁹ Stranamente nel reg. n.554/99 la comunicazione all'Osservatorio delle esclusioni per non congruità delle offerte è prevista per criterio del prezzo più basso (cfr art.89, reg. 554/99) ma non anche per l'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr art. 64 comma 6, reg. 554/99).

osservata ancora una distribuzione orizzontale costante dei ribassi analoga a quella descritta, ma con un valore di dell'ordine del 10 - 15 %.

Tale anomalia è caratterizzata dalla effettiva assenza di concorrenza data la scarsa significatività delle differenze economiche tra le offerte (anche molto numerose e fino all'ordine delle centinaia): l'interesse alla partecipazione alla gara appare dovuto verosimilmente al c.d. "principio della rotazione" dell'aggiudicazione o alla promessa di sub-commesse al contratto principale (noli a freddo, forniture e posa in opera, ecc.).

In tale tipologia rientrano la quasi totalità delle gare espletate negli anni 2000 e primo semestre 2002, ai sensi dell'art.33 della legge n.109/94 e art. 82 del reg. 554/99 con un valore dell'intercetta tra il 5, 6 o 7 %, indifferentemente dalla località di svolgimento della gara.

Una seconda tendenza è caratterizzata dalla presenza nella gara di valori concentrati solo in determinati intervalli o *soglie*. In tal caso si parla anche di gare caratterizzate dal c.d. fenomeno delle cordate.

Se si osserva l'intero intervallo tra il valore minimo ed il valore massimo di ribasso in gara, si può rilevare tra l'altro l'assenza di ribassi in ampie fasce di valori.

Qui la concorrenza sembra esplicitarsi tra i gruppi di offerte - appunto cordate - appartenenti alle varie soglie.

Se si elabora un istogramma, le offerte risultano concentrate in due (o più) barre distanti tra loro.

In casi del genere è anche solitamente significativa la correlazione tra i partecipanti alla cordata e altri elementi caratteristici quali ad esempio la effettiva residenza dei concorrenti: è risultato frequente osservare gruppi di operatori di località diverse scambiarsi reciprocamente i ribassi in gare nelle rispettive aree di influenza.

Una terza tipologia di distribuzione è caratterizzata da un andamento asintotico. Ordinando le offerte in senso crescente, si ottiene un grafico dove, con poche offerte, si ha una rapida crescita dei ribassi seguita dai restanti valori di ribasso collocati in corrispondenza di una determinata soglia.

L'istogramma è semplice da leggere: lungo l'ascissa si trovano una serie di piccole barre e una sola barra dominante dove si colloca la grande maggioranza dei valori di ribasso.

Anche se tale tipologia è caratterizzata da una soglia dominante, si distingue tuttavia dal caso precedente, perché l'intervallo di variazione tra il minimo e massimo ribasso non presenta lacune di valori.

Tale andamento è tipico di gare svolte da grandi amministrazioni aggiudicatrici; la forma asintotica è dovuta verosimilmente a due aspetti concomitanti:

- un certo numero di operatori non è condizionabile e si colloca al di fuori delle cordate dominanti;
- tra i soggetti della soglia sussistono concreti interessi organizzativi condizionanti l'esecuzione del lavoro quali la condivisione di macchinari o la comproprietà di impianti tecnologici necessari all'esecuzione delle opere.

Una quarta tipologia nella distribuzione dei ribassi è caratterizzata da una distribuzione ricoprente con regolarità e senza discontinuità il campo di variazione dei ribassi tra il minimo ed il massimo.

L'istogramma si presenta con una serie di barre di altezza paragonabile e uniformemente distribuite. In tale tipologia è tuttavia importante valutare tre aspetti:

- la differenza tra i valori massimo e minimo del ribasso e la sua compatibilità con la natura dell'intervento;
- il valore assoluto di tali estremi;
- il numero dei partecipanti.

Con riferimento agli estremi di ribasso si possono avere valori troppo vicini o troppo distanti per essere credibili sul piano tecnico; come pure il valore assoluto degli estremi, troppo alto o troppo basso, possono essere indice di condizionamento.

Ciò va poi posto in relazione al numero dei partecipanti: se la gara è alterata è verosimile trovare i detti valori di estremità piuttosto ridotti (inferiore all'1,5 %) anche se sono stati osservati casi dove la necessità di dissimulare, evidentemente prioritaria nella zona di svolgimento della gara, ha consigliato l'adozione di un campo (alterato) di variazione a partire da valori assoluti elevati (ad esempio superiori al 20 %).

9. *La turbativa di gara e i collegamenti sostanziali.* L'obbligo di contrastare la turbativa di gara è in primo luogo della stazione appaltante attraverso i controlli sull'elenco dei concorrenti da ammettere e ben prima di ogni valutazione tecnico-economica delle offerte.

Al riguardo è da rimarcare la previsione dell'art.34 comma 2 del Codice⁶⁰ laddove, riprendendo l'art. 10 della legge quadro, aggiunge, al divieto di partecipazione alla gara dei concorrenti in situazioni di mutuo controllo dell'art.2359 del c.c., l'esclusione dei concorrenti le cui offerte siano riconducibili ad un "unico centro decisionale".

Il concetto di "unico centro decisionale" trae la sua origine dalla costante giurisprudenza del

⁶⁰ Per un commento sull'art.34 del D.Lgs. n.163/2006 nel quale si ricostruisce l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in tema di collegamenti sostanziali, vedasi A. Cancrini, P. Piselli, V. Capuzza, "La nuova legge degli appalti pubblici", 2006, II Edizione, IGOP, Roma.

Consiglio di Stato sui c.d. “collegamenti sostanziali” cui si è contrapposta quella dei tribunali amministrativi.

Tale innovazione dell’art.34 sembra notevole sotto il profilo della responsabilità di combattere la turbativa, rompendo la prassi per cui la stazione appaltante poteva, seppure passivamente, accettare i pur evidenti condizionamenti esterni.

Il significato di “collegamenti sostanziali” tra due o più concorrenti - significato non esattamente circoscrivibile - discende dalle pronunce del Consiglio di Stato - vedasi in particolare Sez. IV, n.344 del 18.4.1994, sez. IV, n.6424 del 27.12.2001 e per il valore riepilogativo sez. IV, n.6212 del 19.10.2006 - secondo il quale tra le cause di esclusione dei concorrenti si possono prevedere, nel bando, situazioni o ipotesi poste in essere oltre il collegamento indicato dall’art.2359;⁶¹ il verificarsi delle quali comporta la esclusione dalla gara dei concorrenti stessi. Indirizzo analogo è stato espresso dall’Autorità con atti di regolazione del 2000 e del 2001.

Nel fissare tali ipotesi aggiuntive occorre solo conformarsi ai limiti dettati dai principi della ragionevolezza e logicità rispetto all’interesse di una corretta individuazione del “giusto” contraente.

Il C.S. con la citata recente sentenza (sez. IV, n.6212 del 19.10.2006) ha confermato l’esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art.2359 c.c., nel qual caso pacifica, “in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale”.

Ciò in quanto *“in presenza di significativi indizi sintomatici, il rischio di una intesa preventiva si traduce in una seria e ragionevole presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale”*.

In sostanza il riferimento del bando di gara al solo art.2359 non preclude all’amministrazione l’esclusione dei soggetti reputati di collegamento sostanziale: infatti *“prevale l’esigenza di assicurare la regolarità della gara e in particolare la par condicio dei concorrenti nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all’art.2359 c.c., possa essere alterata la competizione”*.

⁶¹ Secondo l’art.2359 del c.c. il controllo tra due o più soggetti ricorre quando si hanno: 1) società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti nell’assemblea ordinaria; 2) società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) società sotto la influenza dominante di altre società in virtù di particolari vincoli contrattuali. Per 1) e 2) si computano i voti spettanti a società controllate, fiduciarie e a persona interposta.

Quanto alla casistica costantemente richiamata dal Consiglio di Stato⁶², questa è riassumibile nelle seguenti fattispecie, non necessariamente da riscontrarsi tutte nella medesima gara:

- rilievi in ordine alle buste e plichi contenuti, per evidenziare la dimensione, colore, impostazione grafica, grafia dell'indirizzo apposto;
- osservazioni circa la spedizione dell'offerta per evidenziare l'ufficio di spedizione, la data, l'ora, le modalità di invio (posta celere ecc.);
- rilievi sui vari atti di gara quali richieste d'invito, offerte economiche, dichiarazioni di presa visione ecc., per annotare l'impostazione grafica generale, la grafia, le firme e la loro corrispondenza apparente sui vari documenti ecc;
- osservazioni sulle polizze fidejussorie relativamente all'agenzia o compagnia assicurativa, alla data e numero progressivo, all'importo e a sue eventuali ripetute inesattezze;
- osservazioni circa gli indirizzi delle sedi legali e/o operative o residenza dei concorrenti quanto a via, civico, utenza telefonica e fax;
- intrecci parentali e societari⁶³ tra i soggetti in veste di amministratori, rappresentanti legali, direttori tecnici, ecc.

Tali elementi sono ritenuti sufficienti a provare in via indiziaria il collegamento sostanziale tra più concorrenti; circa le giustificazioni secondo le quali le similitudini tra gli atti sono dovute a uniche società di servizi per i vari concorrenti – tesi spesso portata a giustificazione - è da considerare per il C.S. una circostanza aggravante (Sez. V, n.4789 del 28.6.2004).

Un'ultima notazione: il riscontro di tali elementi comporta oltre alla immediata esclusione dei concorrenti indiziati di collegamento sostanziale, l'escussione delle cauzioni provvisorie versate per la partecipazione alla gara, la comunicazione all'Autorità per l'iscrizione delle "annotazioni" sul casellario informatico di cui al D.P.R. n.34 del 2000 (cfr art.27 lett. t). Nella prassi la comunicazione alla Procura della Repubblica è rimessa alle valutazioni del r.p.

Quanto agli "univoci elementi", qualora *gravi, precisi e concordanti*, si è inoltre posta la questione se la stazione appaltante potesse utilizzare nel corso della gara anche ipotesi non espressamente elencate nel bando.

La questione ha visto ancora divise le due sedi di giustizia con il Consiglio di Stato a favore dell'ipotesi di ritenere detta soluzione possibile purché gli elementi abbiano i caratteri sottolineati.

In conclusione, il comma 2 dell'art.34 ha reso norma di legge l'indirizzo già delineato dal

⁶² Cfr Consiglio di Stato, Sez. V, Decisione 7 settembre 2007, n.4721.

⁶³ La stazione appaltante può conoscere nel corso del procedimento di aggiudicazione, tramite Infocamere, le relazioni societarie tra i partecipanti.

Consiglio di Stato nel considerare legittima ogni esclusione riguardante non solo l'influenza dominante di cui all'art. 2359, ma ogni caso di reciproca influenza tra le imprese partecipanti alla gara, idonea a violare i principi della parità di condizioni e della segretezza delle offerte.

Quanto all'entità del fenomeno, nell'anno 2006, l'Autorità ha iscritto n.1.261 annotazioni sul Casellario informatico, comprese quelle derivanti dal controllo a campione ex art. 48 del Codice, di cui il 22 % congiuntamente per i casi di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. e per i collegamenti sostanziali avanti descritti.

Nel 2005, su di un totale di 1.105 annotazioni, si è registrata una incidenza dei collegamenti - sostanziali e non - del 32 % circa. Negli anni precedenti si sono avute percentuali analoghe al 2005.⁶⁴

Infine, si segnala la necessità di una osservazione attenta della documentazione di gara, da cui possono emergere elementi molto significativi e diversi da quelli sopra elencati.

10. *Un metodo per il riconoscimento della turbativa di gara basato sui soli ribassi.* Le novità in commento⁶⁵ inducono il responsabile del procedimento ad una maggiore attenzione in ordine ai ribassi di gara qualora vi siano sospetti di distorsioni o anomalie. Ciò segnatamente quando è utilizzato il criterio del prezzo più basso.

Questi si trova di fronte a due verifiche molto stringenti: la prima, come visto, per rifiutare le offerte sopra la soglia di anomalia non affidabili economicamente; la seconda, ai sensi dell'art.34 del Codice, per rifiutare le offerte provenienti da concorrenti condizionati da un unico centro decisionale.

La seconda verifica deve precedere la prima: ciò è pacifico quando gli "univoci elementi" per il riconoscimento della esistenza del centro decisionale esterno alla stazione appaltante, relativamente semplici da accertare, sono di natura amministrativa quali la residenza di diversi soggetti, il grado di parentela, ecc.

Elementi questi, valutati nella fase di ammissione alla gara e prima delle aperture delle buste contenenti le offerte economiche.

Vi è però un ulteriore aspetto insito nei valori dei ribassi percentuali prima ancora della verifica di congruità delle offerte.

Occorrerà premettere un ragionamento di carattere generale. Se lo svolgimento di una gara è basato solo su di una sana competizione dei concorrenti, dove le offerte sono il risultato di

⁶⁴ Relazioni al Parlamento, anno 2005 e anno 2006.

⁶⁵ Paragrafo tratto da articolo pubblicato su giustamm.it con integrazioni.

analisi serie ed affidabili, è logico attendersi valori dei ribassi tendenzialmente raggruppati in una fascia limitata o comunque non amplissima.

In linea tendenziale, nella logica secondo cui l'offerta è attentamente valutata, i concorrenti presentano ribassi non troppo dissimili, con le sole differenze da ricondursi alle singole organizzazioni.

Fatte inoltre salve circostanze specifiche destinate ad incidere sul ribasso quali ad esempio: le economie di scala, la presenza di propri cantieri attivi nelle vicinanze dell'intervento da realizzarsi, la proprietà di impianti di produzione di materiali utilizzati estesamente nell'opera, la disponibilità di brevetti particolari, e altre circostanze ecc.

A volte invece sussistono motivazioni di ordine congiunturali quali la necessità per una organizzazione di essere attiva sul mercato indipendentemente dagli utili; in tale ottica si colloca anche il noto fenomeno di penetrazione in mercati geograficamente lontani dal tradizionale bacino di azione di un operatore (c.d. dumping) responsabile di offerte non giustificabili sotto il profilo tecnico.

Del resto una dispersione troppo ampia dei ribassi sarebbe indice o di una scarsa attenzione del concorrente o di un'errata valutazione del progetto ecc.; come pure, se nella gara venisse formulato un unico valore di ribasso da tutti i concorrenti, non potrebbe non riconoscersi l'alterazione della competizione ovvero la turbativa di gara.

La stessa lettura da dare alla distribuzione dei ribassi - già evidenziata al n.3.1 - appare condivisa dalla giurisprudenza: *il c.d. meccanismo del taglio delle ali (10 % delle offerte) ha lo scopo di eliminare in radice l'influenza sulla media dei ribassi delle offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media* (cfr Cons. Stato, V, 18.6.2001, n.3216).

Appare allora corretto supporre i ribassi di una gara, senza condizionamenti e anomalie, disposti secondo la legge di *distribuzione normale* il cui diagramma, come noto, è costituito da una campana rovesciata e i valori indicati dalla legge medesima sono i più probabili (vedasi nota 7).

Se, dunque, si conviene con tale paradigma, risultano applicabili i metodi classici della statistica per verificare se la distribuzione di un insieme di valori a disposizione - nel nostro caso il campione è formato dai ribassi - è tendenzialmente "normale".

Il metodo applicato alle gare di appalto può essere così riassunto: prima si elabora la c.d. "curva cumulativa della frequenza" dei ribassi in funzione della "variabile standardizzata", indi si riporta tale linea nella carta grafica della probabilità. La valutazione di "accettabilità" si

sostanza nell'osservare se la curva cumulativa si dispone approssimativamente secondo una retta oppure se questa si discosti ed in quale grado dall'andamento rettilineo.

Alcune gare ritenute rappresentative, sono state sottoposte al detto test statistico⁶⁶ c.d. della "carta grafica della probabilità" normale.

Due esempi ed altrettanti grafici valgono ad illustrare la metodologia.⁶⁷

Nel grafico di fig.15 è riportato il diagramma elaborato per una gara di appalto dell'imbiancatura di una A.L.S.S. svolta nel 2000 con un grande numero di partecipanti e valori di ribasso concentrati in due fasce rispettivamente intorno al 32-33 % e al 52 %. La linea cumulativa si discosta dall'andamento rettilineo, quest'ultimo ottenuto dalla congiunzione del primo e dell'ultimo punto del diagramma.

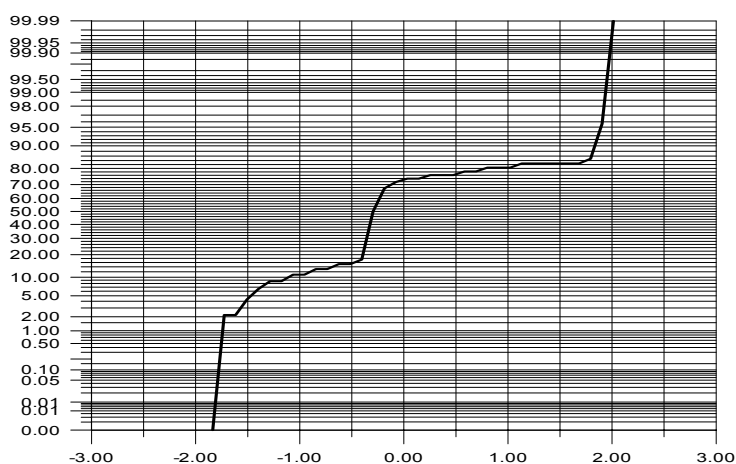


fig.15 – test statistico di ammissibilità: esito positivo

Nella fig. 16 si riporta il test svolto su una gara di appalto del 2003 per la costruzione di una casa municipale.

Il grafico evidenzia l'andamento quasi rettilineo della curva cumulativa delle frequenze: dunque la distribuzione dei ribassi è assimilabile alla legge normale e quindi la gara si può ragionevolmente ritenere non alterata da significativi condizionamenti. La risposta della dottrina al metodo visto non sembra negativa: l'esito del test, unitamente ad altri elementi indiziari individuati dalla giurisprudenza, può aiutare le stazioni appaltanti ad individuare

⁶⁶ Il test si imponeva nel 2004 all'attenzione del Parlamento che richiedeva al Ministero delle Infrastrutture delucidazioni sulla possibilità di recepire le indicazioni date dall'Autorità con documento pubblicato sul relativo sito istituzionale. Delucidazioni che venivano fornite come risposta alla interrogazione n.5-03316 (cfr in G.U. del 1 luglio 2004, Commissione VIII).

⁶⁷ Nelle ascisse figura la variabile standard (z), nelle ordinate la curva cumulativa delle frequenze. Il diagramma è tracciabile con l'uso di programmi di uso comune che abbiano nel menu le funzioni statistiche. La curva cumulativa e la carta sono poi tracciabili con programmi di uso scientifico corrente.

situazioni anomale.⁶⁸

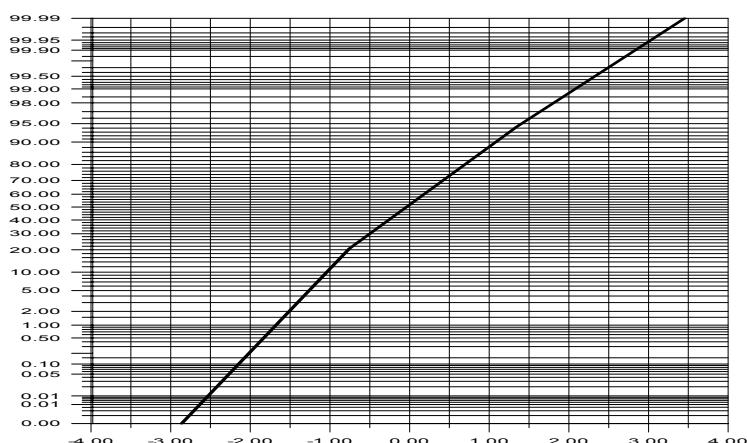


fig.16– test statistico di ammissibilità: esito negativo

Il metodo non è invece adatto alle aste elettroniche e ciò per due ragioni: la prima dovuta all'addensamento di valori solo da un lato della curva di distribuzione normale, in disaccordo dunque con la legge gaussiana; una seconda dovuta al criterio di selezione dell'offerta aggiudicataria basato di norma, oltre al prezzo, su altri elementi di valutazione quantitativi.⁶⁹ In conclusione, è da segnalare il valore indiziario del test qualora lo scostamento dall'andamento rettilineo della curva cumulativa sia accentuato; dunque il test può essere considerato alla stregua di un collegamento sostanziale ai fini dell'art. 34, comma 2, del Codice.

11. *Osservazioni conclusive.* La disciplina dei criteri di aggiudicazione è assai ricca di scelte discrezionali della stazione appaltante, di norma difficili da obiettare sul piano della motivazione amministrativa.

Tali scelte sono giustamente tutelate dai noti limiti tracciati dalla giurisprudenza in riferimento alla manifesta illogicità, all'errore palese e alla contraddittorietà.

L'assenza di tali elementi è dunque sufficiente per il giudice amministrativo a limitare qualsiasi approfondimento rivolto alla censura dell'aggiudicazione; o meglio ciò impedisce ulteriori speculazioni.

Il compito del P.M. è invece più complesso poiché deve operare all'interno delle scelte

⁶⁸ Cfr Botto A., "I collegamenti impropri tra i concorrenti", nella relazione al convegno IGI del 26 gennaio 2005, Roma.

⁶⁹ Per alcune criticità sulle aste elettroniche vedasi, G. Albano e G. Spagnolo, in *Edilizia e Territorio*, n.21, 29 giugno 2006, pag. 8.

ispirate all'esercizio della discrezionalità tecnica e raccogliere gli elementi di criticità del procedimento di aggiudicazione, senza farsi limitare dalle giustificazioni amministrative.

Gli approcci di contrasto alla turbativa di gara sembrano potersi riassumere nelle seguenti linee.

Una prima insita nell'interessamento della competente Procura della Repubblica, sia direttamente a cura del responsabile del procedimento sia a cura dell'Autorità quando essa è investita del problema. In un determinato periodo di attività dell'Autorità, sono state inviate alle competenti Procure, per il tramite della Direzione Nazionale Antimafia, numerose segnalazioni corredate dalle necessarie relazioni tecniche. Naturalmente si tratta di soluzioni pur sempre episodiche.

Un secondo e rilevante approccio dovrebbe risiedere nella maggiore attenzione del responsabile del procedimento ai ribassi di gara e alle verifiche di congruità nonché alle modalità con le quali provvede alla nomina delle commissioni giudicatrici. La cura del solo formalismo nella nomina dei commissari dopo la scadenza del termine utile per la proposizione delle offerte ecc. non dà garanzie di indipendenza tra concorrenti e commissari.

Un terza strategia può essere quella già sperimentata, a livello centrale e periferico, con i noti protocolli di intesa o di legalità i quali hanno dato prova di poter rafforzare l'autotutela delle amministrazioni aggiudicatrici.

Per citare qualche esempio: il comune di Torino dopo la sottoscrizione di un protocollo di intesa con l'Autorità, ha registrato un netta diminuzione dei concorrenti, la quasi eliminazione dei ribassi ravvicinati per millesimi di punto, l'aumento dei ribassi di aggiudicazione. Così come il comune di Firenze impegnato con attenzione sui temi dei collegamenti sostanziali nonché alla eliminazione di alcuni cartelli ricorrenti di imprese, con assunzione di procedimenti vagliati favorevolmente dal giudice amministrativo. Analogamente è sembrata molto significativa l'esperienza condotta dal comune di Milano con uno dei primi esempi nel panorama nazionale di utilizzo dei protocolli di legalità. □