

È legittima l'offerta con il criterio del solo (minor) prezzo nelle procedure negoziate di importo inferiore a 1.000.000 di euro?

Come noto da più parti si invoca chiarezza sul rapporto tra criterio dell'offerta e procedura negoziata dopo che il decreto legislativo n. 56 del 2017 ha riformulato [l'articolo 95, comma 4, lettera a\), del Codice dei contratti](#) che ampliando l'importo al di sotto del quale è ammesso il ricorso all'offerta di solo prezzo, ora recita: *«a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;»*.

A fronte dei silenzi ufficiali sul punto, in attesa di una revisione delle pertinenti Linee guida n. 2 di ANAC (approvate con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016) parzialmente superate dall'innovazione normativa, le prese di posizione dottrinali prevalenti sono nel senso che il criterio dell'offerta di prezzo sia ora indissolubilmente legato alle procedure ordinarie, escludendolo in caso di ricorso alle procedure negoziate (che per definizione non sono "ordinarie") a prescindere dall'importo.

Questo sito, seppure con le cautele del caso, si è già espresso diversamente (si veda: [«Il rapporto tra procedura negoziata e offerta del minor prezzo dopo il decreto correttivo»](#)), cioè che la norma possa essere interpretata anche nel senso che segue: *«a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), [fermo restando l'obbligo di procedure ordinarie per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e quindi, a contrariis, ferma restando la possibilità di procedure negoziate per lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro] per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie [obbligatoriamente se di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro, facoltativamente se di importo inferiore a 1.000.000 di euro, come previsto dal citato articolo 36], sulla base del progetto esecutivo;»*.

In altri termini, con le modifiche introdotte nell'articolo 95, comma 4, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può essere utilizzato per lavori sino a 2.000.000 di euro con la precisazione che per importi a partire da 1.000.000 di euro devono essere utilizzate le procedure ordinarie senza alcuna possibilità di ricorrere alla procedura negoziata.

Ora, su invocazione di molte parti sembra sia stata promessa un'interpretazione autentica del MIT, che faccia transitare (con una torsione definitoria quantomeno arbitraria) la procedura negoziata tra le procedure ordinarie. Peccato che l'eventuale interpretazione autentica del MIT non valga la carta sulla quale potrebbe essere scritta.

La strada per giungere ad una conclusione favorevole della vicenda, sembra invece già offerta dal Codice, senza necessità di ulteriori interventi interpretativi ed è costituita dall'[articolo 36, comma 7](#), così riformulato dal decreto correttivo: *«7. L'ANAC con proprie linee guida ... stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo ... Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli*

inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9.».

La domanda è: se fosse vero che il Codice vieta l'offerta di solo prezzo nelle procedure negoziate, perché nel delegare ad ANAC le Linee guida sugli affidamenti con procedura negoziata si prevede espressamente la «*facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale*»? Cioè di una fattispecie connessa esclusivamente al criterio dell'offerta del solo (minor) prezzo e notoriamente incompatibile con il criterio dell'offerta secondo il rapporto qualità/prezzo. Non essendo pensabile che le Linee guida di ANAC (le prossime, in adeguamento delle Linee guida n. 2) possano ampliare o restringere il perimetro del criterio dell'offerta o delle modalità procedurali rispetto a quanto già previsto dalla norma primaria, la conclusione ovvia è che a disciplina vigente il quadro operativo si presenta sin d'ora come segue:

Importo lavori (euro)	Procedura		Criterio offerta	
	Negoziata	Aperta/ristretta	Solo prezzo	Qualità/prezzo
< 1000.000	Ammessa	Ammessa	Ammesso	Ammesso
=> 1.000.000 <= 2.000.000	NON ammessa	Obbligatoria	Ammesso	Ammesso
> 2.000.000	NON ammessa	Obbligatoria	NON ammesso	Obbligatorio

Questa è la nostra conclusione (togliendo il punto di domanda al titolo delle presenti note) e, qualunque cosa ne diranno nell'immediato futuro il MIT e, con tutto il rispetto, ANAC, tale resterà fino alla eventuale smentita da parte dell'unico soggetto deputato a tale scopo, ovvero il giudice amministrativo, alle cui decisioni ognuno non potrà che inchinarsi. Chiusa, si spera, questa vicenda, si coglie l'occasione per notare alcune altre amenità in materia di criteri per l'offerta.

La prima, che giustifica l'estensione (da 1 a 2 milioni di euro) del criterio del solo prezzo se la gara è bandita sulla base di un progetto esecutivo. Ma se questa è una motivazione, vale a prescindere dagli importi (ad esclusione dei parzialmente resuscitati appalti integrati, in ogni altro caso a base di gara vi è sempre un progetto esecutivo). In realtà la discriminante tra i due criteri non dovrebbero essere né l'importo né la procedura, bensì lo "spazio tecnico-prestazionale" lasciato agli offerenti dagli atti a base di gara per formulare l'offerta tecnica. Se la documentazione a base di gara (il progetto per i lavori, ma la condizione vale anche per servizi e forniture) non lascia spazio a miglioramenti né, tantomeno, a varianti migliorative, allora l'offerta tecnica non potrà che essere svuotata o mera aria fritta. [1]

Salvo rimediare all'inconveniente con sconfinamenti dell'offerta tecnica all'interno dei requisiti di partecipazione, in termini del tutto abnormi rispetto a tale possibilità, oggi offerta a determinate condizioni dalla Direttiva comunitaria e dall'articolo 95, comma 6, lettera e), del Codice. Lo stesso presidente di ANAC, prima di gettarsi anima e corpo a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si era espresso in termini radicalmente opposti: «...In tema di "varianti migliorative", i concorrenti furono richiamati nel disciplinare a rispettare le autorizzazioni del progetto già acquisite e a non modificare l'aspetto estetico e planimetrico delle

¹ Come accade sistematicamente nelle gare per servizi tecnici e altri servizi di natura intellettuale.

opere progettate ...; tuttavia la portata delle possibili varianti migliorative è apparsa fin troppo ampia sul piano tecnico ..., trattandosi di un progetto esecutivo che mal si combina con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa adottato nel bando...» [2]

La seconda amenità, a suo modo eclatante, è l'imposizione del vincolo al peso da attribuire al prezzo nelle gare con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo: non più del 30 per cento di "punteggio economico" (nuovo comma 10-bis dell'articolo 95). [3]

Una simile idiozia ha tre possibili corollari: nel migliore di casi l'ignoranza del legislatore (il quale, come noto, ha il diritto di essere ignorante e irragionevole); nel caso intermedio la casualità o l'arbitrarietà delle aggiudicazioni (stante la necessaria "fumosità" delle offerte tecniche di cui si è detto a fronte di basi di gara scarsamente o per nulla migliorabili); nel caso peggiore un incremento esponenziale delle aggiudicazioni pilotate se non addirittura delle possibilità corruttive.

Analogamente a quanto detto in precedenza, il peso attribuibile alla componente economica e il suo equilibrio rispetto al peso attribuibile all'offerta tecnica non può che essere in funzione del già detto "spazio tecnico-prestazionale" lasciato agli offerenti dagli atti di gara ai fini dell'offerta tecnica. Se la base di gara lascia poco spazio ai miglioramenti allora l'offerta tecnica, necessariamente di scarso contenuto, ne risulterà enormemente sopravvalutata in termini di punteggio. Si pensi a quale spazio (pressoché nullo) può essere lasciato all'iniziativa degli offerenti da un'offerta tecnica che incide su un progetto esecutivo, verificato, validato, munito degli atti di assenso paesaggistico, storico-architettonico, urbanistico, in materia antincendio, assistito da prescrizioni inderogabili imposte in sede di conferenza di servizi.

In conclusione, non si vuole sposare né privilegiare uno dei due criteri, si vuole solo affermare che la scelta tra l'uno e l'altro dovrebbe essere motivata sulla base della **oggettiva e ragionevole possibilità o meno di migliorare le condizioni poste a base di gara** e, nel caso della sussistenza di tale possibilità, sul grado più o meno elevato di miglioramenti possibili al quale grado dev'essere proporzionato con equilibrio il relativo peso, secondo la nota (e sempre ignorata) analisi di sensitività dei diversi elementi di valutazione. Tutte valutazioni che non possono che essere svolte dalla stazione appaltante e non genericamente codificate in norme generali. Resta quindi irragionevole l'ancoraggio del criterio all'importo a base di gara e la fissazione rigida del peso alla componente economica, al limite della violazione dell'autonomia delle stazioni appaltanti, dell'autonomia e libertà imprenditoriale e, in definitiva, anche dei superiori principi di proporzionalità e di buona amministrazione.

Certo è che l'offerta del miglior rapporto qualità/prezzo è l'esatto contrario della trasparenza, né migliori garanzie, malgrado gli strilli dei noti Stella e Rizzo, sono offerte dalla centralizzazione presso ANAC dei componenti delle commissioni giudicatrici. [4]

² ANAC, deliberazione n. 1 dell'8 gennaio 2016, paragrafo 1.4, pag. 7.

³ Peraltro il concetto di "punteggio economico" non è univoco e non necessariamente coincide col prezzo, potendo comprendere i costi del ciclo di vita, delle esternalità ambientali e, perché no, la riduzione sui tempi che ha un diretto effetto economico valutabile (in termini di oneri finanziari connessi ai pagamenti).

⁴ Si dubita che l'iscrizione all'albo dei commissari tenuto da ANAC sia riservata ai seguaci di Santa Madre Teresa di Calcutta.