

Appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie

Perché la cosiddetta semplificazione è solo un grosso equivoco

Parte prima: procedura negoziata versus procedura aperta.....	1
§ 1.1. Premessa	1
§ 1.2. I candidati	2
§ 1.3. La selezione dei candidati che hanno manifestato interesse.....	3
§ 1.4. La selezione dei candidati attingendo ad elenchi precostituiti	4
§ 1.5. Conclusioni parziali sul punto.....	6
Parte seconda: criterio del minor prezzo versus qualità/prezzo	10
§ 2.1. L’offerta di qualità e lo spazio di miglioramento del progetto.....	10
§ 2.2. Il rapporto ingeneroso tra la qualità e il prezzo	12
§ 2.3. La limitazione al peso del punteggio economico	13
§ 2.4. Le conseguenze negative in fase esecutiva	14
Parte terza: conclusioni	16

Parte prima: procedura negoziata versus procedura aperta

§ 1.1. Premessa

All’interno del coacervo di deroghe, differimenti, sospensioni, finte semplificazioni e altre modifiche al regime dei contratti pubblici, introdotte dai tre decreti (il cosiddetto “sblocca-cantieri” del 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, il decreto “semplificazioni” del 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 e il decreto “semplificazioni-bis” [1] del 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108), l’aspetto apparentemente più discusso è senz’altro l’introduzione della possibilità di ricorrere alla procedura negoziata con almeno 5 invitati (per lavori fino a 1.000.000 di euro e per servizi e forniture fino a 214.000 euro) o 10 invitati (per lavori da 1.000.000 a 5.350.000 euro) in alternativa alla procedura aperta. [2]

Tale modifica è stata contrabbandata universalmente come una semplificazione che avrebbe contribuito a una specie di prodigiosa moltiplicazione degli appalti e delle aggiudicazioni e al raggiungimento degli obiettivi miracolosi (e mirabolanti) del PNRR. La stessa interpretazione è stata poi declinata in due scuole di pensiero o meglio, in due tifoserie contrapposte ma ambedue intrise di demagogia, basate su sensazioni o convinzioni già precostituite ma lontane da un esame obiettivo della realtà:

--- da una parte i catastrofisti, secondo i quali la procedura negoziata così ampliata nel suo perimetro non solo sarebbe una limitazione alla concorrenza (e fin qui non ci piove, è cosa nota sin dall’epoca della scoperta della ruota), ma sarebbe anche un favore alle mafie e alla corruzione incentivandone la diffusione nonché un potente un

¹ Per qualcuno “semplificazioni-ter” attribuendo il nome di semplificazioni-bis ad un qualche decreto-legge intermedio nella confusa e frenetica sequenza della decretazione d’urgenza di questo biennio.

² In disparte la sterile e cervelotica polemica, sollevata dai soliti buontemponi perditempo, secondo la quale tale alternativa non sussisterebbe in quanto la nuova norma avrebbe introdotto l’obbligo, e non la mera possibilità, del ricorso alla procedura negoziata.

incoraggiamento al lavoro nero e un attentato alla sicurezza sul lavoro (tutti fenomeni diffusi e gravissimi ma dei quali non è dimostrato il nesso con la questione dibattuta);

--- dall'altra parte gli entusiasti, secondo i quali finalmente si mette fine alle pastoie e alle lentezze burocratiche con la liberazione di risorse nascoste (nessuno ha il coraggio di dire che si tratta di debiti, ai quali attribuire la qualità di liberazione è un ossimoro) e un'accelerazione nella realizzazione delle opere pubbliche. [3]

Forse la soluzione risponde al brocardo «La virtù sta nel mezzo»? [4] No, in realtà qui la virtù non sta da nessuna parte, non potendo contare su una quantità di neuroni sufficiente nella testa di buona parte di chi redige le norme.

Venendo al punto, la procedura negoziata, limitando al massimo il numero degli invitati e quindi delle offerte, appare ridurre lo sforzo organizzativo della stazione appaltante e la documentazione, sia quella amministrativa dell'ammissione, sia quella tecnica delle offerte da esaminare (queste ultime solo nel caso del criterio qualità/prezzo).

Tralasciamo la favola delle difficoltà burocratiche per i concorrenti, impugnata come una clava per invocare ulteriori semplificazioni e riduzione della documentazione da produrre per partecipare, si tratta ormai di una semplice dichiarazione unificata (l'ormai arcinoto DGUE) che non costa nulla né in termini di tempo né di oneri economici. Comporta solo l'assunzione di autoresponsabilità dei concorrenti chiamati a dichiarare il vero (e non pare una pretesa straordinaria, essendo anzi un doveroso presupposto universale).

§ 1.2. I candidati

A nostro avviso, quando si parla di un certo numero di "invitati", riteniamo si debba intendere "invitati idonei", e non semplici invitati a prescindere dal possesso dei requisiti, come sostenuto da ANAC (delibere n. 413 dell'8 maggio 2019 e n. 747 del 30 settembre 2020) e da una non rara giurisprudenza, secondo cui i requisiti di idoneità devono essere dichiarati, posseduti e, se del caso, comprovati, dai soli invitati al momento della presentazione dell'offerta e non nella fase della manifestazione di interesse). Tali ultime affermazioni non sono condivisibili in quanto dimenticano l'articolo 63, comma 6, del Codice, che prescrive che l'individuazione degli «*operatori economici da consultare [avvenga] sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato*», tanto che le stesse conclusioni contraddicono le premesse, dove si sostiene che la manifestazione di interesse «è *prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, a individuare la platea di potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio ...*».

³ Omettendo di dire che tutte le innovazioni di cui si tratta non velocizzano affatto la realizzazione delle opere pubbliche ma semmai, nella denegata ipotesi che tali innovazioni siano efficaci, velocizzano solo la fase del loro affidamento, che è tutt'altra cosa oltre che essere un segmento pressoché irrilevante in termini di tempo, rispetto all'intero processo di realizzazione.

⁴ Come disse Satana seduto tra due avvocati.

Ora la domanda è: quali possono essere le caratteristiche di qualificazione desunte dal mercato se non quelle che costituiscono l'idoneità a eseguire il contratto e quindi dichiarate in fase di manifestazione di interesse e quale "disponibilità" ci può essere o quali operatori possono dirsi "potenziali concorrenti" se non dichiarano in anticipo il possesso dei requisiti necessari all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto?

O forse si devono effettuare inviti "al buio" senza conoscere preventivamente i requisiti dei concorrenti invitati? Magari sperando che si arrangino con il ricorso al raggruppamento temporaneo (inammissibile se l'invitato non dimostrerà poi di poter assumere la qualifica di mandatario) o all'avvalimento (nel diritto nazionale inammissibile per molte, anzi per troppe, categorie)?

Oppure si deve correre il rischio di una gara deserta perché tutti gli invitati (peraltro pochi, ovvero solo 5 o al massimo 10), seppure manifestatisi come interessati non sono idonei o, peggio ancora, con un solo offerente che, guarda caso, insinuerebbe nell'osservatore cattivi pensieri se non dubbi collusivi?

Quindi diamo per scontato che tutti quelli che manifestano interesse debbano dichiarare il possesso dei requisiti (che dovranno essere resi noti preventivamente nell'avviso esplorativo) e, se invitati, potenzialmente idonei, dando alla manifestazione di interesse il valore di comportamento concludente o richiedendo a corredo della stessa una dichiarazione semplificata di idoneità e possesso dei requisiti.

Restano conseguenze imprevedibili, come la falsità in fase di manifestazione di interesse che metterebbe fuori gioco l'invitato in fase di offerta o di aggiudicazione (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 17 giugno 2021, n. 1964), o l'annoso e bizzarro problema della rotazione, che potrebbe riguardare sconosciuti collegati, controllati o altri operatori coinvolti in precedenza (T.A.R. Puglia, Lecce, 4 febbraio 2021, n. 193); in caso di raggruppamento chi ruota? L'intero raggruppamento, solo la mandataria o anche i mandanti? E gli ausiliari operativi?

§ 1.3. La selezione dei candidati che hanno manifestato interesse

Rimane insoluta la questione della selezione del numero minimo di candidati da invitare a presentare offerta in caso di un numero di manifestazioni di interesse eccedenti il predetto minimo, malgrado gli arrampicamenti sui vetri di ANAC e della dottrina, a meno che non sia effettuata mediante sorteggio (sistema indubbiamente deprecabile ma pressoché senza alternative sul piano della neutralità). Oltre a questioni pratiche note a tutti, una selezione basata su elementi anche apparentemente oggettivi (come dimensioni, fatturato, contenziosi passati o in corso, consistenza numerica del personale, vicinanza geografica, utopistici rating ^[5], rinuncia parziale al subappalto ecc.) ^[6] si scontra con una

⁵ *Altro istituto introdotto per pura demagogia, sia come rating di impresa che come rating di qualità o altro, non a caso di fatto non ancora realmente attuato, forse perché inattuabile.*

⁶ *Oltre a criteri ad mentula canis dei quali si è visto un florilegio fantasmagorico, che smentisce le supposte aridità di pensiero e mancanza di fantasia dei funzionari pubblici.*

norma e con un principio:

- la norma: l'articolo 60, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, che recita «*Fatto salvo quanto stabilito agli articoli 61, comma 6, e 62, l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo **costituisce condizione necessaria e sufficiente** per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici*»; inoltre, se i requisiti (di legge e di regolamento e non quelli arbitrari) devono essere individuati con la preventiva determina a contrarre (articolo 32, comma 1, del Codice), certamente non possono essere ignorati in fase di selezione degli operatori economici da invitare;
- il principio: non è possibile, né ragionevolmente giustificabile, che per manifestare interesse ed essere invitati gli operatori debbano possedere requisiti o rispettare condizioni e limitazioni più gravosi di quelli necessari per partecipare e presentare offerta, tanto da non poter essere richiesti a tale ultimo scopo.

Molto si è giocato sull'infelice formulazione introdotta con le norme di semplificazione del 2020, ovvero «*un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate*». In un primo tempo molti osservatori, in verità poco attenti anche se confortati da una platea tanto vasta quanto ignorante (non c'è altro aggettivo) di politici, giornalisti e opinionisti a loro insaputa, ospiti di talk show, hanno visto nella novità un "liberi tutti" o, nel peggiore di casi, "finalmente giochiamo in casa" e "basta imprese meridionali" (al nord) o all'opposto "basta profittatori settentrionali" (al sud) con la pretesa possibilità di restringere gli invitati in base all'ubicazione (Comune, Provincia, Regione o Eurasia non si sa) [7]. Non avvedendosi che perché la norma resti in vita (senza violare principi che crediamo sia inutile spiegare), deve essere letta nel suo contesto: la diversa dislocazione territoriale non è una condizione avulsa dal resto, ma intimamente legata alla rotazione. In altri termini, in disparte l'insensatezza della norma (che non merita nemmeno la dignità di demagogica), significa solo che la rotazione deve tener conto anche della dislocazione territoriale ovvero i soggetti selezionati non potranno essere distribuiti in un solo o in un numero troppo limitato di bacini territoriali (qualunque cosa si intenda con questa generica definizione geografica). E siamo a punto a capo.

§ 1.4. La selezione dei candidati attingendo ad elenchi precostituiti

Qualcuno pensa di superare il problema ricorrendo agli elenchi precostituiti (alternativi alla manifestazione di interesse). È chiaro che la questione della rotazione e della diversa dislocazione territoriale dispiegherebbe i suoi effetti problematici, se non nefasti, anche con la selezione dagli elenchi, articolati per fasce di importo come suggerisce ANAC mediante un regolamento (peggio mi sento, come se di regolamenti non ce ne fossero già troppi) e, a questo punto, articolati anche per bacini territoriali, costituendo un problema irrisolvibile.

⁷ *Ubicazione di cosa? Della sede legale, della sede operativa, del cantiere più prossimo, della filiale, del magazzino, dei dipendenti?*

Gli elenchi possono funzionare (forse) per appalti “monocategoriali”, ad esempio per appalti di lavori dove c’è solo una sola categoria (es. OG1, OG2, OG3, OG6 le più comuni) e nemmeno sempre, dal momento che vi sono appalti con una sola categoria di lavori dove nessun operatore ha interesse a iscriversi negli elenchi in quanto non obbligatoria o per la concorrenza delle categorie specializzate (es. OS1, OS6, OS7, OS23, assorbite dalla OG1) o che sono agevolmente alternative ai lavori in quanto sostituibili da forniture (es. OS5, OS9, OS17, OS24 e OS31) o da servizi (es. OS10, OS15, OS20-A, OS20-B). [8]

Comunque, dal momento che gli elenchi sono strutturati per singola categoria (è impensabile, in assenza di futuristiche applicazioni di intelligenza artificiale o di una invasione aliena, un elenco combinato che darebbe luogo a un numero di combinazioni non inferiore al miliardo), per un appalto che preveda più di una categoria (ovvero la stragrande maggioranza) [9] non sarà sufficiente attingere ad un elenco di OG1 così come la criticità sarà inevitabile se chi è iscritto in OG1 non dovesse possedere la OG11, con l’arbitraria (ma obbligatoria stando così le cose) esclusione di tantissimi operatori in elenco che, casualmente, non hanno avuto la prontezza di iscriversi in più elenchi o se l’ente appaltante giustamente non intenda spingersi a spulciare tutti gli elenchi fino a quando non trova le combinazioni ammissibili.

Se la cosa colpisce i lavori, i quali bene o male hanno una loro distinzione (quasi) semplificatoria, si aggrava notevolmente in materia di forniture (un elenco per arredi scolastici sarà compatibile o meno con gli arredi del palazzetto dello sport o degli ambulatori?) e di servizi (la raccolta rifiuti sarà compatibile o meno con la gestione dell’isola ecologica, il servizio assistenza domiciliare con la gestione della RSA o il servizio di integrazione scolastica?), gli elenchi e le rotazioni si baseranno sulle classificazioni del Vocabolario Comune degli Appalti o dei codici ATECO, ambedue riconosciute ampiamente inadeguate?

Ancora gli elenchi hanno altri aspetti critici: da questi potrebbero essere selezionati e invitati operatori regolarmente iscritti ma che non hanno alcun interesse a partecipare a quell’appalto specifico, sia perché non ritenuto remunerativo, sia perché preclusivo di futuri inviti maggiormente appetibili in applicazione della rotazione degli inviti, aggravata dalla già citata “gabbia” degli scaglioni di importo nei quali dovrebbe essere ripartita l’iscrizione degli operatori nell’elenco degli iscritti [10]; col risultato che anche invitando 5 o 10 operatori selezionati dall’elenco, alcuni (o addirittura nessuno) di questi presenterebbe un’offerta, frustrando le aspettative della Stazione appaltante.

⁸ *E qui è dimostrato per tabulas che l’ignoranza del legislatore è tutt’altro che fenomeno recente.*

⁹ *Ad esempio, una semplicissima scuola avrà bisogno almeno di una OG1 e una OG11).*

¹⁰ *Come suggerito dalle Linee guida di ANAC, a conferma non solo dell’inutilità della stessa ANAC bensì del suo contributo a individuare ostacoli da frapporre al corretto funzionamento del sistema degli appalti.*

§ 1.5. Conclusioni parziali sul punto

Ecco perché noi preferiamo la procedura aperta, anche per importi suscettibili di affidamento mediante procedura negoziata, sgombrando il tavolo dalle incertezze e dalle contraddizioni in materia di requisiti incerti, rotazione e altre bufale inutili; per non parlare della riservatezza dell'individuazione degli invitati, presidiata penalmente (articolo 53, comma 2, lettera b) e comma 4, del Codice), dove, per quanto tutti i soggetti coinvolti siano obbligati al tale riservatezza, dopo poche ore l'elenco degli invitati è a conoscenza di tutti i clienti dei parrucchieri della città. [11]

Si è già detto del presunto obbligo di ricorso alla procedura negoziata introdotto dall'articolo 1, comma 2, alinea, del decreto-legge n. 76 del 2020 il quale, anche se ormai ampiamente smentito, ha fatto retrocedere solo parzialmente i suoi sostenitori alla seguente posizione: e va bene, la procedura negoziata non è obbligatoria, ma per ricorrere alla procedura aperta deve essere data adeguata motivazione [12] trattandosi di un processo meno rapido e più impegnativo, e quindi contrario ai principi di buona amministrazione. [13]

Ora, anche tale pensiero recessivo non merita valutazione positiva sia perché non è affatto dimostrato che la procedura negoziata sia più celere e meno gravosa per la stazione appaltante, sia perché anche se recasse un qualche vantaggio questo non pare compensare la più ampia della concorrenza e le opportunità offerte dalla procedura aperta.

Resta fermo che si tratta pur sempre di vantaggi o svantaggi che incidono in misura pressoché irrilevante in termini di tempo, mentre i rimedi introdotti dal legislatore appaiono completamente fuori scala. Consci di poter essere accusati di "benaltrismo" i ritardi, le complessità e gli ostacoli alla celerità sono imputabili a ben altri aspetti.

Ad esempio, è inutile ridurre da 120 a 90 giorni i termini per il pronunciamento del CIPESS (ex CIPE) che richiede il supporto del DIPE, o del Consiglio Superiore di lavori pubblici, o delle conclusioni delle Conferenze di servizio. oppure ridurre da 60 a 30 giorni i termini per il rilascio di un atto di assenso, se poi i primi durano comunque un anno e i secondi sei mesi; si tratta solo di fare un po' di solletico a un pachiderma. [14]

Così come appare pericoloso estendere all'intero sistema il diniego di sospensiva e il giudizio di merito finalizzato solo al risarcimento per equivalente e non al subentro del

¹¹ *Sempre che qualcuno non abbia la brillante idea (è successo) di pubblicare la determina che individua il nome dei soggetti invitati corredata dal relativo elenco.*

¹² *Non abbiamo mai capito i concetti di motivazione adeguata, dettagliata, approfondita o, al contrario, semplificata; abbiamo sempre pensato che una motivazione o è tale oppure no e altri aggettivi sono inutili, motivazioni carenti, apparenti, inadeguate o insufficienti, più semplicemente, non sono motivazioni.*

¹³ *Incidentalmente, da quando portavamo i calzoncini corti ci hanno insegnato il contrario: è il ricorso alla procedura negoziata che necessitava di motivazione in quanto eccezionale alle procedure ordinarie. Questo principio resta solido nell'ordinamento anche se transitoriamente derogato per i noti motivi emergenziali che mettono sullo stesso piano le due procedure alternative senza obbligo di motivazione.*

¹⁴ *Siamo a conoscenza diretta di interventi in attuazione riferiti ad accordi di programma risalenti al 2010 o anche prima e, sia chiaro, non stiamo parlando del Mose o del Ponte sullo stretto.*

ricorrente vittorioso nel merito. [15] Come se TAR e Consiglio di Stato fossero il vero problema, quando la giustizia amministrativa in materia di appalti ha tempi che quella civile e penale si possono solo sognare. Sottovalutando la circostanza che se l'amministrazione soccombe, qualcuno dovrà rispondere per le negligenze che hanno causato il ricorso e la condanna e forse la Corte dei conti avrà qualcosa da ridire sul risarcimento che avrebbe dovuto o potuto essere evitato. [16]

Sublime, infine, la circostanza che i Commissari straordinari chiedano risorse, mezzi e collaborazioni, ovvero chiedano di essere ... commissariati, oltre che essere stati scelti tra i dirigenti delle stazioni appaltanti più complesse (ANAS, Provveditorati interregionali, Ferrovie dello stato ecc.) ovvero le stazioni appaltanti che, secondo chi li ha nominati, sarebbero i principali organismi disfunzionali in merito alla celerità dei procedimenti.

La vera discriminante che può rilevare non è tanto la differenza della procedura scelta (negoziata *versus* aperta) bensì la scelta del criterio di aggiudicazione (solo prezzo *versus* qualità/prezzo già nota come o.e.p.v.). Dopo di che la procedura negoziata può presentare dei vantaggi che, a nostro avviso, come già accennato, spesso non sono tali da renderla un'alternativa preferibile alla procedura aperta, per cui nel seguito si potranno vedere vantaggi e svantaggi reciproci, in termini di tempi minimi necessari alla conclusione dei procedimenti.

1.5.A. Con criterio del solo prezzo

<i>In giorni</i>	Negoziata	Aperta	<i>note</i>
Tempo per manifestazioni di interesse	10		
Selezione da elenchi o tra richieste di invito	1		
Invio lettere di invito / pubblicazione bando	1	1/5	(*)
Presentazione offerta (senza / con obbligo di sopralluogo assistito)	15/20	15/25	(i)
Ammissione (al netto di soccorso istruttorio)	1	1/3	(ii)
Esame offerte economiche e formazione graduatoria	1		
Proposta di aggiudicazione	1		
Richiesta della congruità costo della manodopera ex art. 90, comma 15	1		(iii) (**)
Dimostrazione della congruità costo della manodopera	5		
Esame della congruità costo della manodopera	1/5		
Richiesta giustificazioni offerte anomale ex art. 97, commi 1 e da 4 a 7	2	4	(iv)

¹⁵ Già previsto per le opere della cosiddetta "legge obiettivo", ora introdotto per le opere del PNRR e da molti auspicato come panacea da estendere in via generale e ordinaria.

¹⁶ Almeno dopo il 30 giugno 2023, quando dovrebbe cessare l'efficacia dell'articolo 21, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020.

Presentazione giustificazioni dell'offerta anomala	15		
Esame di ammissibilità delle giustificazioni dell'offerta anomala	5	10	
Approvazione della proposta di aggiudicazione e atto di aggiudicazione	1		
Stipula contratto	35		(v)
(*)	<i>Circa 5 giorni se procedura aperta con richiesta la pubblicazione in GURI (>500.000)</i>		
(i)	<i>Incremento di stimato nel minimo di 5 giorni se con obbligo di sopralluogo assistito, di 10 giorni considerato il possibile numero più elevato di concorrenti nella procedura aperta.</i>		
(ii)	<i>In caso di soccorso istruttorio incrementare di almeno 11 giorni.</i>		
(iii)	<i>Necessaria in ogni caso salvo che sia assorbita nel sub-procedimento di cui alla nota (iv).</i>		
(**)	<i>I sub-procedimenti di cui alla nota (iii) e alla nota (iv) sono alternativi tra di loro.</i>		
(iv)	<i>Con meno di 5 offerte ammesse e inapplicabilità dell'esclusione automatica ex comma 8.</i>		
(v)	<i>Sovrapponibile con la verifica/comprova dei requisiti dell'aggiudicatario.</i>		

1.5.B. Con criterio di qualità/prezzo (già nota come o.e.p.v.)

	<i>In giorni</i>	Negoziata	Aperta	<i>note</i>
Tempo per manifestazioni di interesse	10			
Selezione da elenchi o tra richieste di invito	1			
Invio lettere di invito / pubblicazione bando	1	1/5		(*)
Presentazione offerta (senza / con obbligo di sopralluogo assistito)	15/20	15/25		(i)
Ammissione (al netto di soccorso istruttorio)	1	1/3		(ii)
Esame e attribuzione punteggi alle offerte tecniche	15/30	20/40		(iii)
Esame offerte economiche e formazione graduatoria		1		
Proposta di aggiudicazione		1		
Richiesta della congruità costo della manodopera ex art. 90, comma 15		1		(iv) (**)
Dimostrazione della congruità costo della manodopera		5		
Esame della congruità costo della manodopera		1/5		
Richiesta giustificazioni offerte anomale ex art. 97, commi 1 e da 4 a 7		2	4	(v)
Presentazione giustificazioni dell'offerta anomala		15		
Esame di ammissibilità delle giustificazioni dell'offerta anomala		5	10	
Approvazione proposta di aggiudicazione e atto di aggiudicazione		1		
Stipula contratto		35		(vi)
(*)	<i>Circa 5 giorni se procedura aperta con richiesta la pubblicazione in GURI (>500.000)</i>			
(i)	<i>Incremento di stimato nel minimo di 5 giorni se con obbligo di sopralluogo assistito, di 10 giorni considerato il possibile numero più elevato di concorrenti nella procedura aperta.</i>			
(ii)	<i>In caso di soccorso istruttorio incrementare di almeno 11 giorni.</i>			
(iii)	<i>Dipende dal numero di offerte ammesse, di norma più elevato in caso di offerta di prezzo</i>			
(iv)	<i>Necessaria in ogni caso salvo che sia assorbita nel sub-procedimento di cui alla nota (v).</i>			
(**)	<i>I sub-procedimenti di cui alla nota (iv) e alla nota (v) sono alternativi tra di loro.</i>			
(v)	<i>Sovrapponibile con la verifica/comprova dei requisiti dell'aggiudicatario.</i>			

Ovviamente al netto dei ricorsi giurisdizionali, che nel caso di offerta di prezzo in genere sono articolati sui requisiti e la fase di ammissione, nel caso di qualità/prezzo sono articolati sulle valutazioni arbitrarie dell'offerta tecnica; per ambedue i criteri una buona dose sono articolati sulle giustificazioni delle offerte anomale. Nella procedura aperta non si tenuto conto dell'inversione procedimentale, in quanto non pare spostare il problema.

Parte seconda: criterio del minor prezzo versus qualità/prezzo

§ 2.1. L'offerta di qualità e lo spazio di miglioramento del progetto

Preliminarmente va chiarito che la Direttiva non impone il criterio dell'offerta con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, come affermato da qualcuno. Che dalla lettura emerga una preferenza per questo criterio non significa che il diverso criterio del minor prezzo non abbia uguale dignità. Il tutto forse deriva da un equivoco terminologico: per anni siamo stati abituati a distinguere tra offerta di solo prezzo e offerta economicamente più vantaggiosa intesa questa solo come offerta caratterizzata da elementi qualitativi.

Oggi, come noto, la Direttiva definisce qualunque offerta come economicamente più vantaggiosa (com'è giusto che sia secondo la lingua italiana), in altri termini l'offerta *tout court*, senza altre specificazioni, è sempre un'offerta economicamente più vantaggiosa e, come tale, si scompone in due criteri: l'offerta di minor prezzo, o solo prezzo, o miglior prezzo [17] (semplificando «offerta di prezzo») e offerta secondo il miglior rapporto qualità/prezzo (semplificando «offerta qualità/prezzo»).

Del resto, un'offerta di (solo) prezzo non è forse a sua volta un'offerta di qualità/prezzo dove quest'unico elemento è pesato 100 (ovvero incide al 100%)? [18] Esattamente uguale e contraria all'offerta di (sola) qualità di cui all'articolo 95, comma 7, del Codice dei contratti, dove il prezzo è pesato zero?

Seppure ancora oggi ANAC, molta parte della dottrina e perfino i giudici amministrativi usino comunemente, forse per consuetudine o pigrizia, le vecchie definizioni, qui ci atterremo alle "nuove" definizioni.

Partiamo da un paradosso: di norma a base di gara è posto un progetto esecutivo «*il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, **garantisce** la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti*». Vale la pena citare il primo periodo del richiamato articolo 23, comma 8: «*Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, **determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare**, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo*». Per non infierire, tralasciamo l'inciso che richiama la conformità e la coerenza con il progetto definitivo, che induce all'applicabilità delle argomentazioni qui svolte anche alle gare indette con il solo progetto definitivo a base di gara. Se il progetto a base di gara soddisfa e risponde pienamente alle esigenze, agli interessi e, perché no, ai desiderata dell'amministrazione committente, risponde ai criteri di *best practice* e rappresenta il *top* dell'architettura e dell'ingegneria disponibili, quali

¹⁷ Considerato che nei contratti attivi, dai quali proviene un introito per la stazione appaltante, il miglior prezzo è il maggior prezzo.

¹⁸ In barba al limite di 30 (trenta per cento) imposto da quella norma sconclusionata che è l'articolo 95, comma 10-bis, secondo periodo, del codice nazionale.

miglioramenti tecnici, prestazionali o di altro genere ci si deve aspettare dall'offerente?

Se effettivamente ci si devono aspettare miglioramenti, allora significa che il progetto è carente, in modo più o meno sensibile, e ci si chiede perché i miglioramenti ipotizzabili, se così meritevoli di apprezzamento positivo, non siano stati implementati subito nel progetto a base di gara. Non è un caso l'ipocrisia mostrata dal legislatore nella versione originaria dell'articolo 95, comma 4, lettera a), del Codice, dove riconosceva che *«Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro [importo poi portato alla soglia europea di 5.350.000 euro], tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo»*. Seppure questa norma sia stata modificata più volte nei cinque anni di vita del Codice e sia oggi scomparsa, essa rivela che anche il legislatore riconosceva l'ordinarietà o almeno l'opportunità della non migliorabilità del progetto esecutivo e tale argomento è ancora attuale a prescindere dagli importi.

Né si può chiamare a rafforzare la tesi i casi di beni vincolati, di indubbia delicatezza, dal momento che qualunque miglioramento offerto, a gara conclusa, potrebbe essere contestato o rigettato dalle autorità di tutela (o addirittura considerato un peggioramento), laddove cambiare una maniglia o il colore di una ringhiera imporrebbe un nuovo passaggio autorizzativo. [¹⁹]

E' ovvio e naturale che taluni progetti richiedano oggettivamente un loro miglioramento o anche una variante migliorativa, da ricercare sul mercato, almeno quando *«per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore»* oppure *«richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate»*, come recitavano gli articoli 20 e 21 della vecchia e rimpiaanta legge Merloni. [²⁰]

Sia chiaro che qui non si sposa un criterio come preferibile rispetto a un altro. Si vuole invece affermare che imporre in via generale un criterio, per via legislativa, è un obbrobrio. Solo la stazione appaltante, destinataria dell'opera, corroborata dai pareri del RUP, dei progettisti, dei verificatori e della propria struttura, è abilitata a stabilire se sia necessario o anche solo opportuno ricorrere al criterio di qualità/prezzo, sulla base della possibilità di migliorare il progetto approvato. A questa valutazione ne consegue un'altra: solo il RUP e i progettisti (non certo il legislatore con atto generale) possono valutare se il progetto posto a base di gara offre o presenta uno "spazio di manovra" e di quale entità, per l'offerente, ovvero se sussiste la possibilità anche solo potenziale che il concorrente possa offrire

¹⁹ In violazione del principio secondo il quale dopo l'aggiudicazione un'offerta non solo non dovrebbe essere modificata, ma dovrebbe conservare e non compromettere gli atti di assenso rilasciati in occasione della preventiva approvazione del progetto posto a base di gara.

²⁰ Rimpiangere la legge Merloni, figlia di un'altra epoca, è il colmo; ma a questo ci ha portato l'inadeguatezza dei legislatori degli ultimi decenni (in realtà non sarebbe strano rimpiangere ancora le leggi sui lavori pubblici della seconda metà di due secoli addietro).

qualcosa di meglio sotto il profilo tecnico e prestazionale. Se non c'è un adeguato spazio di manovra oggettivo, l'offerta tecnica, l'attribuzione dei punteggi alla stessa e il suo concorso all'aggiudicazione non potranno che essere una finzione se non una farsa. Si tenga presente che le opere pubbliche non sono tutte riconducibili a Nuvoles di Fuksas, ponti di Calatrava, padiglioni EXPO, tunnel ferroviari, autostradali o metropolitani, dove "puntare" su innovazioni, tecnologie e conoscenze degli appaltatori ha senza dubbio un senso [21]. Spesso abbiamo a che fare con una sede municipale, un edificio scolastico, una strada comunale o provinciale, una fognatura urbana, una vasca di laminazione, un impianto di depurazione, se non una semplice rotatoria o una pista ciclabile. Orbene, per questa stragrande maggioranza di interventi, a fronte di un progetto fatto non come Dio comanda ma, più banalmente, come richiesto dalla norma e dal buon senso, quali miglioramenti aspettarsi? Quali spazi di manovra rimangono per i miglioramenti da parte dell'offerta tecnica?

§ 2.2. Il rapporto ingeneroso tra la qualità e il prezzo

Quanto al rapporto tra qualità e prezzo, l'introduzione del rapporto insuperabile di 70/30 (settanta per la qualità e trenta per il prezzo [22]), su pressione dei costruttori e dei professionisti con l'obiettivo di disincentivare ribassi eccessivi, obiettivo condivisibile ma perseguito in modo tutt'altro che intelligente, è un altro evidente paradosso: la stazione appaltante può attribuire un peso di 100 al prezzo (come abbiamo visto questo è l'effetto dell'offerta di prezzo) così come un peso pari o inferiore a 30 alla componente economica nell'offerta di qualità/prezzo, ma non può attribuire pesi intermedi, calibrati e proporzionati in ragione dei citati migliorabilità potenziale del progetto posto a base di gara e spazi di manovra che tale progetto consente all'offerente.

La tensione verso l'offerta di qualità/prezzo è normalmente motivata da due argomenti, condivisibili o meno, ma reali e constatati nella pratica comune:

- disincentivare la partecipazione e ridurre il numero dei concorrenti da esaminare e delle offerte da valutare, costringendo i concorrenti a "studiare" il progetto posto a base di gara, magari in tempi molto ridotti, come è ormai ammesso e usuale, valutarne gli aspetti spesso non facilmente percepibili, coinvolgere professionisti tecnici e investire tempo e denaro per redigere un'offerta tecnica che abbia qualche remota possibilità di aggiudicazione;
- impedire i ribassi eccessivi sul prezzo che connotano le offerte di solo prezzo, spesso

²¹ Quanto alla bontà dei risultati sarebbe tutt'altro discorso.

²² Per la verità il legislatore determina in 30 il massimo attribuibile a quello che definisce «punteggio economico», candidandosi al premio Nobel per l'ambiguità, dal momento che la componente economica non coincide necessariamente con l'elemento prezzo, senza nemmeno che sia necessario chiamare in causa il più ampio e controverso concetto di costo/efficacia o i contratti di concessione, casi nei quali la parte economica è confusa con ben altro e il prezzo, se presente, concorre solo parzialmente al punteggio economico.

fatte a caso [23] e che si riverberano sull'esecuzione con le riserve, le richieste di impossibili adeguamenti dei prezzi, le minacce di fallimento o di abbandono del cantiere.

È noto che l'offerta tecnica presenta o dovrebbe presentare benefici diversi dalla mera convenienza economica, ma anche di natura sociale, di ecosostenibilità, di pregio tecnico e prestazionale o comunque non direttamente valutabili, almeno in fase di esame, in termini monetari, com'è invece per l'offerta di prezzo. Dato questo per scontato, trascuriamolo per pochi minuti al fine di dimostrare, come fossero i conti della serva, l'insensatezza di un rapporto predefinito e vincolante tra qualità/prezzo. Facciamo un esempio di un appalto da 5 milioni di euro, dove il prezzo sia pesato 20 (inferiore al massimo di 30 per disincentivare ancora di più i ribassi eccessivi) e la qualità sia pesata 80. Se ragionevolmente la stazione appaltante si aspettasse un ribasso del 10% (ossia di euro 500 mila) [24] l'offerta tecnica, per garantire l'equilibrio del sistema, dovrebbe avere un valore di 2.000.000 di euro, ovvero $[(5.000.000 \times 10\%) \times 80 / 20]$. In altri termini l'offerente rinunciarebbe a 2.500.000 (tra "costo" delle migliorie tecniche e ribasso sul prezzo) su un appalto di 5 milioni (in realtà su un contratto di 4.500.000) ovvero come avesse offerto un ribasso impossibile del 50%. Si è già detto che siamo consapevoli della "scorrettezza" compiuta nel voler "monetizzare" l'intera offerta tecnica [25], ma l'esempio, seppure fatto con la scure della semplificazione estrema, fa decadere le argomentazioni sull'offerta di qualità/prezzo come utile ostacolo ai ribassi eccessivi.

§ 2.3. La limitazione al peso del punteggio economico

La limitazione del peso all'offerta economica contrasta con l'impianto normativo dopo l'introduzione del comma 14-bis all'articolo 95 «*In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 [qualità/prezzo], le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta*». Malgrado un limitato ma possibile margine di manovra offerto dalla norma connotata da una certa ambiguità (tanto per cambiare) [26], vietare delle aggiunte al progetto posto a base di gara mette fuori gioco molte possibilità di offerta tecnica. È vero che le stazioni appaltanti ne avevano approfittato richiedendo o premiando integrazioni eccessive, sostanziali e qualche volta arbitrarie (dopo averle furbescamente omesse nel progetto posto a base di gara, spesso per

²³ *Condizione non tanto censurabile, visto che l'aggiudicazione con l'esclusione automatica delle offerte anomale con la stregoneria delle formule dell'articolo 97, commi 2 e 2-bis, è una lotteria casuale.*

²⁴ *Che, al netto di periodi congiunturali di aumenti violenti del mercato delle materie prime come quello del 2021, è un ribasso accettabile a fronte della diffusione di ribassi ben maggiori, anche del 40%.*

²⁵ *Anche se questo in parecchi casi è inevitabile, almeno quando gli elementi che compongono l'offerta tecnica sono valutabili con buona approssimazione e comportano per l'impresa aggiudicataria un impegno finanziario reale.*

²⁶ *Al divieto che colpisce le "opere" aggiuntive, potrebbero sfuggire i "lavori" aggiuntivi, data la diversità tra i due concetti, come definiti e individuati separatamente dall'articolo 3, comma 1, rispettivamente alle lettere pp) e nn), del Codice.*

carenza di risorse [27] o eccesso di fantasia), ma così facendo si è tolto ogni significato alla possibilità di consentire offerte con varianti, citata più volte all'articolo 95, comma 14, del Codice (e valorizzata dall'articolo 45 della Direttiva). In disparte la decennale diatriba filosofica sulla distinzione tra miglioramenti e varianti, sulla quale si è sbizzarrita anche la giustizia amministrativa, è evidente che vietare opere aggiuntive assomiglia molto al divieto di ammettere varianti.

In ragione di tutto questo e di quanto visto al paragrafo precedente, la tendenza a introdurre nei documenti di gara elementi di valutazione fantasiosi o che di miglioramenti tecnici o prestazionali hanno ben poco, non troppo penalizzanti e che sotto il profilo finanziario non stravolgano il senso della gara, spesso risolve l'applicazione del criterio di qualità/prezzo in una ingiustificata rinuncia alla convenienza economica di un'offerta di solo prezzo, elemento fondamentale del principio di riduzione della spesa pubblica.

Quanto poi ai ribassi irragionevoli nel ricorso al criterio del solo prezzo, ferma restando l'esclusione automatica delle offerte anomale che ogni tanto scongiura l'aggiudicazione a favore di offerte eccessivamente ridotte, [28] in un paese normale dovrebbero essere contrastati con mezzi efficaci che purtroppo non esistono (non essendo il nostro un paese normale), dal momento che questa possibilità è limitata al subprocedimento delle giustificazioni in contraddittorio delle offerte anomale disciplinato dall'articolo 97, comma 1 e commi da 4 a 7, del Codice, che raramente risponde all'obiettivo, quando non si risolve in uno scambio di corrispondenza insignificante, confusa se non fasulla [29] che assomiglia più a una conversazione tra Totò e Peppino che a un procedimento amministrativo. Nel migliore dei casi, sappiamo che è estremamente arduo per l'offerente fornire giustificazioni credibili ma, purtroppo, è ancora più arduo per la stazione appaltante riuscire a respingerle con argomentazioni altrettanto incensurabili.

§ 2.4. Le conseguenze negative in fase esecutiva

E fin qui si è parlato solo della gara. Nessuno ha speso parole per la fase esecutiva, dove l'offerta di qualità/prezzo spesso impone ulteriori interrogativi senza risposte adeguate se non addirittura causa problemi ancora maggiori.

In primo luogo, è carente di istruzioni l'implementazione dell'offerta tecnica nel progetto posto a base di gara. È incontrovertibile che l'offerta tecnica "integra" automaticamente il progetto a base di gara come obbligazione contrattuale specifica, senza che influisca sul corrispettivo economico. Senza quella che abbiamo chiamato implementazione, l'esecutore da una parte, il direttore lavori e il collaudatore dall'altra,

²⁷ *Causata da un'altra disposizione cervelotica: l'obbligo di redigere preventivi vincolati ai prezzi regionali invece che alle condizioni di mercato.*

²⁸ *Peralto, se questo è quasi sempre possibile nelle procedure aperte, è ad applicazione ridotta nelle procedure ristrette dove può capitare che il numero necessariamente ridotto delle offerte ammesse non sia sufficiente a consentire il ricorso all'esclusione automatica.*

²⁹ *Si pensi alla pratica diffusa di giustificazioni che invocano i subappaltatori, come se questi potessero fare miracoli con ribassi necessariamente più accentuati di quelli che si presumono anomali.*

dovranno riferirsi a due serie di elaborati, sotto taluni aspetti diversi e qualche volta contraddittori: appunto da una parte il progetto posto a base di gara e dall'altra l'offerta tecnica (non necessariamente sviluppata integralmente su elaborati grafici inequivocabili). Questa è un'operazione da farsi dopo l'aggiudicazione o almeno prima della stipula del contratto, ma di norma è omessa, salvo alcuni tentativi di formazione di elaborato cosiddetti di "cantierizzazione".

In secondo luogo, chi e come controlla l'esecuzione delle previsioni (in realtà, a questo punto, prescrizioni) dell'offerta tecnica? Facile, si dirà, il direttore dei lavori e i collaudatori in corso d'opera ("Ciao core", come dicono a Roma) e il Responsabile del procedimento.

In terzo luogo, cosa succede se in corso d'opera, l'esecutore non rispetta i contenuti dell'offerta tecnica? Anche qui si dirà: "Facile! Si costringe con ordini di servizio all'esecuzione e ai rimedi se inadempienze tollerabili o si risolve il contratto se non tollerabili" (qui evitiamo una nota espressione in romanesco ben più volgare). Risolvere il contratto, ai sensi dell'articolo 108, commi 3 e 4, del Codice, significa ripartire da zero, anzi da sottozero, se la stazione si avvale dell'articolo 110, comma 1 e, se del caso, dell'assolutamente incredibile e inagibile articolo 110, comma 2 ^[30]. Significa anche che il RUP sarà immediatamente punito o demansionato dai propri superiori e il direttore dei lavori non lavorerà più per quella amministrazione ^[31]. Può anche succedere (è successo!) che l'aggiudicatario in corso d'opera si presenti così:

- questa parte dell'offerta tecnica non posso farla, non ne sono capace;
- quest'altra parte è talmente onerosa che se la faccio devo portare i libri in tribunale;
- quest'altra parte devo farla fare a un subappaltatore che non trovo sul mercato;
- quest'ultima parte posso farla ma non così come offerta, bensì in quest'altro modo.

Ebbene, come si deve comportare il RUP? Rivolgersi ad ANAC sarebbe inutile, conosce la risposta in anticipo: «*Si risolve il contratto*», che significa l'opposto di risolvere il problema.

Infine, un'ultima questione, da sempre controversa: la contabilità e le varianti in corso d'opera. In fase di rendicontazione, come contabilizzare negli stati di avanzamento e al saldo, le migliorie o comunque le addizioni, modifiche e diverse lavorazioni oggetto dell'offerta tecnica? In un contratto a corpo la questione si pone poco o nulla: la contabilizzazione in percentuale è proporzionata a quanto eseguito rispetto al prezzo onnicomprensivo. Ma in un contratto a misura (scelta privilegiata dai progettisti per malriposti tentativi di risolvere le incertezze o inaccurately progettuali in fase di preventivo) come e cosa misurare e quali prezzi applicare a voci, lavorazioni, forniture aggiuntive, sostitutive o diverse da quelle previste dal progetto posto a base di gara?

E in un contratto parte a corpo e parte a misura, la cui delicatezza è tutelata

³⁰ Si deve notare che l'articolo 108, al comma 8, richiama il ricorso all'articolo 110, comma 1, ovvero il subentro dell'operatore che seguiva nella graduatoria originaria, ma non richiama il comma 2, dello stesso articolo 110, il quale appare indissolubilmente legato al comma 1 e prescrive che il subentrante accetti le medesime condizioni dell'aggiudicatario originario, ovvero l'esecuzione dell'offerta tecnica di quest'ultimo alle stesse condizioni economiche, magari lontane anni luce dalla propria offerta.

³¹ A prescindere dall'accertamento o meno di una loro qualche responsabilità.

dall'articolo 43, comma 9, del d.P.R. n. 207 del 2010 «Per i lavori il cui corrispettivo è in parte a corpo e in parte a misura, la parte liquidabile a misura riguarda le lavorazioni per le quali in sede di progettazione risulta eccessivamente oneroso individuare in maniera certa e definita le rispettive quantità. Tali **lavorazioni sono indicate nel provvedimento di approvazione della progettazione esecutiva con puntuale motivazione di carattere tecnico e con l'indicazione dell'importo sommario del loro valore presunto ...**». [32] In questo caso le prestazioni dell'offerta tecnica, saranno imputabili alla parte a corpo o alla parte a misura? Il rischio di sovrapposizioni, con erogazione di corrispettivi non dovuti, è grande.

Ebbene, si tratta di tutte problematiche che nei contratti affidati con il criterio del prezzo non sono presenti oppure si presentano e si risolvono secondo una ordinaria prassi nota e consolidata.

Parte terza: conclusioni

Malgrado le argomentazioni espone voler demolire il criterio dell'offerta qualità/prezzo, non è questo l'obiettivo. Il fine era semmai cercare di dimostrare che è sbagliato considerare tale criterio come un *totem* salvifico o una scelta irrinunciabile.

Abbiamo già detto e in tal senso concludiamo, che le scelte del criterio di affidamento, così come del rapporto di reciprocità tra i pesi da assegnare ai vari elementi in caso di offerta di qualità/prezzo, dovrebbero essere fatte caso per caso, in base alle condizioni specifiche del singolo contratto da affidare, alla documentazione disponibile a base di gara non a norme dettate dal senso comune invece che dal buon senso.

³² *Disposizione sconosciuta ai più o quantomeno ignorata e bellamente disapplicata.*