

## **Indice**

- Criteri di partecipazione oggettivi e soggettivi
- Criteri di aggiudicazione
- Clausole sociali
- Anomalia dell'offerta
- Allegato P

### **Requisiti soggettivi** **Art. 38**

Per partecipare ad una procedura  
l'operatore economico deve possedere  
requisiti di ordine:

1. Tecnico
2. Finanziario
3. Morale

Il requisito della moralità costituisce  
l'elemento fondante senza il quale non  
si valutano gli altri due requisiti

Il requisito della moralità deve sempre essere presente, a prescindere dal tipo di procedura di affidamento adottata, sia dal valore del contratto.

L'art. 38 del D.Lgs 163/2006 rubricato "Requisiti di ordine generale" rappresenta la disposizione che disciplina le cause di esclusione dagli appalti pubblici in quanto rileva che *"sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, determinate categorie di operatori economici"*.

- Esclusi dalla procedura
- Non possono stipulare

NB nulla dice della fase post stipula!

Infatti **dopo** la stipula sono eccezionali i casi in cui l'assenza dei requisiti ha una efficacia tale da compromettere il contratto.

### **Art. 94, comma 2, D.Lgs 159 del 2001 (c.d. Codice antimafia)**

*qualora gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, **recedono** dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.*

## **Stretta interpretazione**

L'art. 38 del D.Lgs 163/2006 che individua le cause di esclusione dagli appalti pubblici rappresenta indubbiamente una norma che limita la capacità di agire di determinati operatori economici in quanto pone loro un divieto di partecipare alle procedure di affidamento di contratti.

Proprio in virtù del fatto che si tratta di una norma che limita la facoltà di porre in essere atti di natura giuridica, le fattispecie che prevedono i casi di esclusione devono essere interpretate in modo letterale e non analogico evitando di estendere le ipotesi di esclusione oltre quelle che sono state tassativamente previste dal legislatore.

**Casi specifici di esclusione art. 38  
D.Lgs. 163/2006**

**Lettera a)** *coloro che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*

Si comprende sin da subito che l'esclusione opera non solo nei riguardi di coloro che sono stati colpiti in via definitiva da una situazione di insolvenza, ma anche nei riguardi di coloro nei cui confronti è in essere un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta ovvero di concordato preventivo.

Da sottolineare inoltre che a differenza del passato ora il nuovo codice ha depennato la fattispecie dell'amministrazione controllata che prima costituiva altra casa di esclusione.

Il procedimento è in corso quando è stata presentata una istanza volta ad ottenere una delle situazioni di fallimento, liquidazione coatta ovvero concordato preventivo e la relativa istanza è stata considerata ammissibile con provvedimento del giudice!

La semplice istanza (come sostiene l'AVCP) non può costituire inizio del procedimento poichè non è detto che sia fondata, per cui occorre una prima delibazione del giudice che ne ammetta la fondatezza.

La Giurisprudenza infatti considera la procedura in essere solo l'istanza considerata ammissibile con decreto del giudice

Il legislatore quando indica la fattispecie di esclusione si riferisce solo ed esclusivamente alla **liquidazione coatta** e non anche alla **liquidazione ordinaria**, la quale costituisce una fattispecie giuridica distinta che necessita di presupposti diversi da quelli della liquidazione coatta.

Ne consegue che ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs 163/2006 la liquidazione ordinaria di una ditta, non costituisce causa di esclusione in quanto la norma deve essere interpretata letteralmente e non analogicamente.

Il legislatore non si è espresso in modo generico indicando il termine di "liquidazione", ma ha sottolineato e specificato che solo la liquidazione coatta costituisce causa di esclusione.



**Lettera b)** nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società ;

*La legge 31 maggio 1965, n. 575 e la legge 1434 del 1956 sono abrogate dall'art. 120 del D.Lgs 159 del 2011, anche se ad oggi, nonostante il codice sia stato più volte toccato, anche nel 38, rimangono i riferimenti normativi abrogati!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!*

In ogni caso:

- L'art. 116 del D.lgs 159 del 2001 dispone che i richiami alle disposizioni contenute nella legge 31 maggio 1965, n. 575, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto.
- L'art. 116 del D.lgs 159 del 2001 dispone che Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i richiami alle disposizioni contenute nella legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto.

Le indicazioni della lett. b) dell'art. 38 si intendono espressamente abrogate dall'art. 120 del D.Lgs 159 del 2011 ed ogni riferimento viene assorbito dal medesimo decreto.

**NB**

La documentazione antimafia costituita *ex lege* da comunicazione ed informazione (art. 84) non è richiesta per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro (Art. 83, comma 3, lett. e) D.Lgs 159 del 2001.

**Lettera c)** nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di

revoca della condanna medesima;

***“o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”;***

Corollari:

- In caso di società di capitali va controllato il socio unico persona fisica con esclusione del socio unico persona giuridica.
- In caso di società di capitali va controllato il socio di maggioranza (*non si distingue tra socio persona fisica o giuridica, per cui se il socio è una società si dovranno controllare a sua volta i membri della società*). Che maggioranza deve avere ?
- E' sufficiente ad innescare il controllo la maggioranza semplice o è necessaria una maggioranza qualificata? Nel silenzio sembra essere sufficiente la maggioranza semplice Per cui tre soci:
  - 30%
  - 25%
  - 45% Questo socio va controllato pur essendo titolare di una maggioranza semplice

***“In ogni caso l’esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara qualora l’impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”***

Quindi riduzione da tre anni ad un anno del periodo da considerare ai fini della cessazione dalle cariche.

La norma inoltre non fa più esplicita menzione all’adozione di atti o di misure di completa dissociazione, ma prevede che l’impresa dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Più che una modifica di stile sembra sottolineare che l’impresa non deve porre in essere azioni positive di responsabilità, ma più semplicemente dissociarsi anche attraverso l’estromissione del soggetto dall’incarico.

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; ***l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa ;***

Questo divieto trova giustificazione nella volontà di evitare che la stazione appaltante possa perdere il controllo effettivo nei riguardi del soggetto che ha partecipato alla procedura di gara.

Ne consegue che laddove un operatore economico non abbia una intestazione fiduciaria approvata ed autorizzata in conformità alla legge n. 1966 del 23 novembre 1939, non può partecipare alle procedure di affidamento.

sono società fiduciarie e di revisione (...) quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni". In sostanza, con l'intestazione fiduciaria il fiduciario ha il compito di amministrare in modo professionale, in trasparenza e riservatezza, per conto del fiduciante, il suo patrimonio.

Ai fini della configurazione della intestazione fiduciaria non è necessario che i beni siano trasferiti dai soggetti fiducianti al soggetto fiduciario, in quanto è sufficiente che a questi sia conferita la legittimazione a disporre dei beni dei soggetti fiducianti.

Per cui formalmente i beni possono rimanere nella titolarità dei soggetti fiducianti pur essendo nella disponibilità gestionale del soggetto fiduciario.

In questo caso si concretizza un'ipotesi di intestazione fiduciaria.

C'è quindi un **contratto di mandato**

L' art. 17, legge 19 marzo 1990 n. 55, prevede che sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni delle disposizioni del presente comma, si procede alla esclusione dalle procedure di affidamento degli appalti pubblici. Ne consegue che laddove un operatore economico non abbia una intestazione fiduciaria approvata ed autorizzata in conformità alla legge n. 1966 del 23 novembre 1939, non può partecipare alle procedure di affidamento.

**Lettera g)** che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti ;

**Art. 38, comma 2:** Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602: che è pari ad euro **10.000,00**.

**Lettera h)** nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;

**Art. 38, comma 1-ter.** In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia

L'esclusione da parte della stazione appaltante è automatica (atto vincolato) poiché il giudizio è già stato preso in precedenza dall'Autorità che sulla base della segnalazione ha deciso della relativa iscrizione.

**Lettera i)** che hanno commesso **violazioni gravi**, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

**Art. 38, comma 2:** Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266;

In sostanza il DURC irregolare



**Lettera m-bis)** nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-*quater*, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA.

**Art. 40 D.lgs 163/2006 9-*quater*.** *In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell' esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera m-bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.*

**Lettera m-*quater*)** *che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.*

*Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente:*

- a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;*
- b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;*
- c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.*

*Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica*

*Si tratta di un adeguamento normativo alla sentenza C 538/07 della Corte di Giustizia secondo cui *Una normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti. La semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura.**

*In merito alle dichiarazioni operate dagli offerenti rimane una questione di non poco conto? Principio di segretezza secondo cui un offerente non dovrebbe conoscere gli altri offerenti, pena la violazione di questo principio. Qui sembra esservi una deroga evidente*

## Autocertificazione

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante **dichiarazione sostitutiva** in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione.

## **Requisiti finanziari**

### **Art. 41**

1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti **documenti**:

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445;
- c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Art. 41, comma 4. La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta.

Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).

Dichiarazione di almeno **due** istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;

*alcune pronunce giurisprudenziali recepiscono una interpretazione "attenuata" della norma di legge in discorso, applicata nella lex specialis di gara, affermando che la presentazione di idonee referenze bancarie comprovate dalla dichiarazione di "almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati", non può considerarsi quale requisito rigido, dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate*

Questa giurisprudenza giunge a ritenere «l'illegittimità degli atti di gara sotto il profilo della mancata previsione di alcun temperamento rispetto all'ipotesi della mancata presentazione "di due idonee referenze bancarie", in ciò ponendosi in contrasto con l'espressa indicazione normativa che consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria "mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante", specie laddove siano indicate, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di una duplice referenza bancaria

**Art. 41, comma 3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.**

bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445;

Ci si deve riferire in ogni caso all'ultimo bilancio approvato

dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi **tre esercizi**.

- fatturato globale d'impresa
- e
- importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto

Fatturato globale: che rientra nell'oggetto sociale!

Art. 2328 c.c. n 3:

Attività principale e secondaria

Nb non deve essere indeterminato

Fatturato nel settore oggetto della gara:  
Attività analoghe a quelle oggetto dell'appalto



Tar Emilia Romagna, Bologna 1424 dell' 11  
aprile 2008 (sproporzione dell'entità del  
fatturato)

Consiglio di Stato 5808/2008

Il requisito temporale deve riferirsi agli  
esercizi finanziari e non agli ultimi tre anni.

Ossia il fatturato dimostrabile è connesso  
solo alla approvazione formale del  
bilancio!

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio. Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

**Requisiti tecnici**  
**Art. 42**

1. Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi:

- a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;
- b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;
- c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;
- d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;

- e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;
- f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;
- g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;
- h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;
- i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;
- l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;
- m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

**2. La stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.**

3. Le informazioni richieste **non possono eccedere l'oggetto dell'appalto**; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

4. I requisiti previsti nel comma 1 del presente articolo possono essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. del 28 dicembre 2000 n. 445; al concorrente aggiudicatario è richiesta la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara.

3-bis. Le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice, secondo il modello predisposto e pubblicato dall'Autorità sul sito informatico presso l'Osservatorio, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1, **lettera a)**, del presente articolo rese dai fornitori e dai prestatori di servizi, entro trenta giorni dall'avvenuto rilascio; in caso di inadempimento si applica quanto previsto dall'articolo 6, comma 11.

Se la stazione appaltante richiede l'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi, dovrà poi a sua volta comunicare all'AVCP tale elenco mediante certificazione. Questo adempimento dovrà essere espletato entro 30 giorni dal ricevimento dell'elenco ed è pesantemente sanzionato!

## Qualità e certificazioni di qualità

### **Art. 43 Norme di garanzia della qualità**

1. Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

Come regola generale vi è netta separazione tra i requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione.

- I primi si riferiscono all'OE
- I secondi si riferiscono all'offerta dell'OE

**Soccorso istruttorio**  
**Art. 46**



1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, ***se necessario***, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Implica una valutazione discrezionale che contribuisce evidentemente all'incertezza e che alimenta il contenzioso poiché v'è il consueto scontro tra due principi:

- *massima partecipazione*
- *par conditio degli offerenti*

Evidentemente in caso di disposizione del bando ambigua si ritiene di dare ampia applicazione al principio; tuttavia ove la disposizione sia chiara e sia conforme alla legge l'esclusione scatta specie laddove sia espressamente prevista dalla *lex specialis*.

Sul punto per altro l'art. 74, comma 5, del codice prescrive che: *Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.*

*1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011)*

### **Le cause di esclusione sono tassative:**

- 1. mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti,*
- 2. casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta,*
- 3. per difetto di sottoscrizione*
- 4. difetto di altri elementi essenziali*
- 5. non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione*
- 6. altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;*

*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.*

## **Il controllo dei requisiti ex art. 48**

Il procedimento di verifica di cui all'art.48 è obbligatorio, senza alcun margine di discrezionalità da parte della stazione appaltante, per tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria aggiudicati con procedura aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara o con dialogo competitivo, con le specificazioni di seguito riportate.

Ne consegue che non occorre preventivamente indicare negli atti di gara né l'attivazione della procedura di verifica né il numero di soggetti sottoposti a verifica; le sole indicazioni destinate ad essere espresse nel bando o nella lettera di invito, come di seguito sarà precisato, riguardano i mezzi di prova che gli operatori economici sono tenuti a produrre per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato nonché i requisiti minimi di partecipazione previsti nel bando di gara ed i criteri per la valutazione degli stessi.

## Norma di carattere tassativo

Trattandosi di norma sanzionatoria e, quindi, di stretta interpretazione, l'art. 48 concerne **esclusivamente** i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dallo stesso menzionati (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2064 del 10 aprile 2012; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 8 settembre 2010 n. 6519).

## NB

Nel settore dei servizi e delle forniture, in astratto, le stazioni appaltanti potrebbero non prevedere nel contempo sia requisiti di capacità tecnico - organizzativa che di capacità economico-finanziaria per la partecipazione degli operatori economici alle relative gare, oppure non fissarne i livelli minimi (si veda l'allegato IX A al Codice). La decisione della stazione appaltante di non indicare detti valori minimi è di fatto equiparabile al caso in cui la stessa non preveda per la partecipazione alla gara alcun requisito di capacità tecnico-organizzativa e/o economico-finanziaria.

È di tutta evidenza, pertanto, che pur essendo la procedura di controllo prevista dall'art. 48 obbligatoria, la stessa è applicabile, qualunque sia l'importo dell'appalto di servizi o forniture, solo laddove siano stati richiesti nel bando di gara i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e ne siano stati fissati i relativi livelli minimi, così come lascia chiaramente intendere anche l'inciso contenuto nell'art. 48 che riferisce la verifica ai "requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, **eventualmente** richiesti nel bando di gara".

**Per cui, il controllo ex art. 48 è obbligatorio, ma solo se sono stati prescritti requisiti minimi tecnico finanziari nel bando ovvero nel, lettera di invito.**

L'Allegato IX A al Codice, prevede, al punto 17, che nei bandi le stazioni appaltanti siano tenute, laddove richiedano requisiti minimi di carattere economico e tecnico che i concorrenti devono possedere, ad individuare le informazioni e le formalità necessarie per la valutazione degli stessi: devono, dunque, stabilire, preventivamente, quali siano i mezzi di prova.

## Divieto del sub avalimento

I requisiti oggetto di avalimento devono essere integralmente ed autonomamente posseduti da parte dell'impresa ausiliaria (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13/06/2011 n. 3565 e sez. IV, 16/02/2012 n. 810) e quindi, come evidenziato nella Determinazione n. 2 del 2012, deve escludersi che l'impresa ausiliaria possa a sua volta avvalersi dei requisiti di un'impresa terza (cd "avalimento a cascata"), sia pure ad essa collegata sulla base di rapporti c.d. infragruppo (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 24 maggio 2013 n. 2832).

## Perentorietà del termine

il termine di dieci giorni entro cui i concorrenti sorteggiati devono documentare i requisiti richiesti nel bando ed oggetto di autodichiarazione ha natura perentoria



## Calcolo dei termini

L'art. 155 c.p.c. stabilisce, al comma 1, che "Nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno o l'ora iniziali". Inoltre, l'art. 153 del c.p.c. afferma l'inderogabilità dei termini perentori: "I termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti". Se la scadenza cade in un giorno festivo, viene automaticamente prorogata al primo giorno feriale utile.

## Rideterminazione della soglia d'anomalia dell'offerta

Relativamente alla rideterminazione della soglia d'anomalia dell'offerta e alla conseguente nuova aggiudicazione, nel caso i primi due classificati non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, come statuito dallo stesso comma 2 dell'art. 48, si ritiene che ad essa si debba procedere, ivi compreso alla riformulazione della graduatoria, solo nel caso in cui sia il primo che il secondo classificato si rendano inadempienti (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV -sentenza 17 settembre 2007 n. 4840).

## Momento della verifica

La verifica a campione non può che riguardare le sole offerte ammesse a concorrere .

Va quindi esperita dopo la verifica della documentazione amministrativa

**Anomalia**

Per conoscere con precisione l'ambito di applicazione dell'anomalia dell'offerta occorre fare riferimento alle disposizioni del D.Lgs 163/2006 secondo le quali:

- La verifica dell'anomalia dell'offerta riguarda sia gli appalti che le concessioni;
- La verifica dell'anomalia dell'offerta riguarda sia gli appalti di lavori, di servizi e di forniture
- La verifica dell'anomalia dell'offerta riguarda gli appalti di lavori, di servizi e di forniture sia sopra soglia che sotto soglia
- La verifica dell'anomalia dell'offerta si applica sia se il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia se il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso
- La verifica dell'anomalia dell'offerta si applica a prescindere dal sistema di aggiudicazione che può essere a procedura aperta, ristretta o negoziata.

L'istituto dell'anomalia dell'offerta si applica in modo diverso a seconda che l'aggiudicazione sia al prezzo più basso ovvero sia mediante l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anomalia dell'offerta nel sistema di  
aggiudicazione dell'offerta al prezzo  
più basso

L'art. 86, I comma, del D.Lgs 163/2006 prevede espressamente che *"Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media"*.

Problemi applicativi dell'art. 86, I comma, del D.lgs 163/2006.

-  
**Primo problema applicativo dell'art. 86, I comma, del D.lgs 163/2006.**

-  
Le offerte di maggior ribasso e di minor ribasso comprese nel taglio delle ali vengono definitivamente escluse o devono essere tenute in considerazione per la media degli scarti?

Per la Dottrina:

- Il taglio delle ali estromette le offerte che presentano il dieci per cento delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso

Tali offerte vengono escluse per la determinazione di ogni successiva operazione

Il Consiglio di Stato sostiene che le offerte che si collocano agli estremi (di maggior e minor ribasso) hanno una funzione di condizionare le media delle offerte e come tale vengono escluse in modo definitivo dalla procedura.

L'esclusione del 10% delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso opera:

- sia per la prima media, (l'ammissione delle offerte)
- sia per la seconda media, (degli scarti)

### **Secondo problema applicativo**

La norma dispone che sono da esclusione il dieci per cento delle offerte, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso.

La disposizione può essere interpretata in due differenti modi.

La norma testualmente si riferisce alle offerte rispettivamente di maggior ribasso e di minor ribasso.

Per cui le offerte vanno divise in due gruppi rispettivamente il gruppo delle offerte di maggior ribasso ed il gruppo delle offerte di minor ribasso.

Sui due gruppi si calcola il rispettivo 10%

**20 offerte ammesse:** -1; -1,5; -2 ; -2,5; -3; -3,5; -4; -4,5; -5; -5,5; -6; -6,5; -7; -7,5; -8 ; -8,5; -9; -9,5; -10 ; -10,5;

Ora le offerte vengono divise in due gruppi composto dalle 10 offerte di maggior ribasso e dalle 10 offerte di minor ribasso.

**Primo gruppo composto dalle dieci offerte di maggior ribasso:** -6; -6,5; -7; -7,5; -8 ; -8,5; -9; -9,5; -10 ; -10,5.

Il 10% delle offerte ammesse è **1**, per cui va esclusa quella di maggior ribasso che è = **10,5**

**Secondo gruppo composto dalle dieci di minor ribasso:** -1; -1,5; -2 ; -2,5; -3; -3,5; -4; -4,5; -5; -5,5.

Il 10% delle offerte ammesse è **1**, per cui va esclusa quella di minor ribasso che è = **1**  
Si procede quindi all'esclusione delle due offerte di minor ribasso e di maggior ribasso rispettivamente 1 e 10,5.

**In conclusione vengono escluse due offerte!**

Le offerte non vanno divise in due gruppo  
ma vengono considerate unitariamente.

La norma non prevede questa suddivisione  
ed il taglio delle ali va effettuato sulla base  
delle percentuali relative al gruppo di  
offerte presentate.



**20 offerte ammesse:** -1; -1,5; -2 ; -2,5; -3; -3,5; -4; -4,5; -5; -5,5;  
-6; -6,5; -7; -7,5; -8 ; -8,5; -9; -9,5; -10 ; -10,5;

Il 10% delle 20 offerte ammesse è 2, per cui sono da escludere le due offerte di maggior ribasso e di minor ribasso.

Si procede quindi alla esclusione delle due offerte di minor ribasso e maggior ribasso rispettivamente 1; 1,5; 10; e 10,5.

**In Questo caso vengono escluse quattro offerte!**

La giurisprudenza amministrativa di primo grado sembra orientata a seguire la seconda linea interpretativa e quindi a ritenere che il 10% delle offerte rispettivamente di maggior ribasso e minor ribasso debba essere calcolato sul complesso delle offerte ammesse in quanto:

- La norma letteralmente non prevede l'operazione di dividere le offerte ammesse in due gruppi e quindi di fatto si compirebbe una azione non legislativamente prevista.
- Non c'è violazione del principio della massima partecipazione poiché non siamo in fase di preselezione delle offerte, ma in un momento in cui si deve valutare la serietà dell'offerta.

Seguendo l'una o l'altra interpretazione si rileva una differenza non solo nel numero di offerte che vengono escluse, ma anche nella quantificazione della soglia di anomalia

Prima linea interpretativa: Percentuali delle offerte ammesse alla gara: (-1; -1,5; -2; -2,5; -3; -3,5; -4; -4,5; -5; -5,5; -6; -6,5; -7; -7,5; -8; -8,5; -9; -9,5; -10; -10,5.) La somma delle offerte rimaste escluso il 10% è di 103,5 che diviso per 18 dà come media = **5,75**

Occorre poi calcolare gli scarti delle offerte con percentuali di ribasso che superano detta media, ossia delle offerte: (-6; -6,5; -7; -7,5; -8; -8,5; -9; -9,5; -10)

Gli scarti sono rispettivamente: 0,25; 0,75; 1,25; 2,25; 2,75; 3,25; 3,75; 4,25 e la somma di tali scarti è uguale a 24,25 e lo scarto aritmetico medio è pari: 3,03

Lo scarto medio di 3,03 va sommato alla media di 5,75 per un valore totale di **8,78** che costituisce la soglia di anomalia.

Ne consegue che rispetto tale soglia sono da escludere le seguenti offerte: - **9; -9,5; -10; -10,5.**

Seconda linea interpretativa: Sempre le stesse 20 offerte ammesse: -1; -1,5; -2 ; -2,5; -3; -3,5; -4; -4,5; -5; -5,5; -6; -6,5; -7; -7,5; -8 ; -8,5; -9; -9,5; -10 ; -10,5.

Seconda teoria: esclusione di quattro offerte: -1; -1,5; -10; e -10,5.

(-2 ; -2,5; -3; -3,5; -4; -4,5; -5; -5,5; -6; -6,5; -7; -7,5; -8 ; -8,5; -9; -9,5) somma delle offerte rimaste e media delle stesse (somma 92) media diviso 16 = **5,75**

Occorre poi calcolare gli scarti delle offerte con percentuali di ribasso che superano detta media: ossia delle offerte -6; -6,5; -7; -7,5; -8 ; -8,5; -9; -9,5

gli scarti sono rispettivamente : 0,25; 0,75; 1,25; 2,25; 2,75; 3,25; 3,75.

la somma di tali scarti è uguale a 14,25 e lo scarto aritmetico medio è pari: 2,03

Lo scarto medio va sommato alla media di 5,75 per un valore totale di **7,78** che costituisce la soglia di anomalia.

Ne consegue che rispetto tale soglia sono da escludere le seguenti offerte: **-8 ; -8,5; -9; -9,5; -10 ; -10,5.**

**Conclusione importante:** con l'applicazione della seconda interpretazione risulta evidente che la soglia di anomalia si abbassa e di conseguenza vi sono un numero

maggiore di offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia!

Inconvenienti della seconda linea interpretativa:

1. L'applicazione della seconda interpretazione comporta in sostanza l'esclusione del 20% delle offerte complessive intese, laddove invece il legislatore si riferisce all'esclusione del dieci per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (rispettivamente considerate).
2. La soglia di anomalia seguendo la seconda interpretazione è più bassa con conseguente maggior numero di offerte che devono essere escluse.
3. Diminuendo il valore della soglia di anomalia l'appalto verrà aggiudicato ad un offerta più alta con maggior esborso di soldi per la realizzazione dell'opera pubblica
4. Da ricordare inoltre il principio della Comunità secondo il quale la norma va sempre interpretata per garantire massima partecipazione e concorrenza tra i partecipanti alla procedura di aggiudicazione

Vi sono ottime ragioni per seguire la prima linea interpretativa in quanto così facendo:

- si garantisce una maggiore partecipazione
- si rispetta la percentuale delle offerte da escludere previste dal legislatore

si ottiene un'offerta economica più vantaggiosa

Consiglio di Stato 10 novembre 2001

Tra le due teorie il Consiglio di Stato ritiene preferibile la seconda teoria che prevede il calcolo del 10% prendendo in considerazione il complesso delle offerte senza alcuna sua suddivisione

**Terzo problema applicativo**  
**dell'art. 86, I comma, del D.lgs**  
**163/2006.**

-

-

Quanti numeri dopo la virgola devono  
essere tenuti in considerazione?

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, in aderenza alle indicazioni fornite dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ritiene che in assenza di espressa previsione nelle norme speciali della gara, non è consentito all'amministrazione di procedere ad arrotondamenti in sede di calcolo delle medie e di determinazione della soglia di anomalia.

Si ritiene corretto ed anche opportuno disciplinare tali questioni in modo espresso nei bandi di gara, in modo da chiarire sia il numero di cifre decimali utilizzabili dalle imprese per l'indicazione dei ribassi (con precisazione se la limitazione debba costituire l'effetto di un arrotondamento o se comunque vi debba essere perfetta rispondenza tra prezzo offerto e ribasso), sia le modalità di calcolo delle medie e della soglia di anomalia.

Qualcuno ritiene che la stazione appaltante non possa imporre dei limiti agli arrotondamenti decimali poiché il troncamento rappresenta un'alterazione delle normali regole matematiche assunte dal diritto come ordinarie e come tali esse non possono essere applicate fuori dai casi espressamente previsti.

Contrariamente a quanto sostenuto risulta ormai acquisito, anche sulla base delle indicazioni fornite dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (Deliberazione 29 aprile 2002, n. 114), che la *lex specialis* e quindi il bando di gara possa disciplinare in senso semplificatorio la materia, prescrivendo limiti ai decimali anche con riferimento alla media per la determinazione della soglia di anomalia.

**Quarto problema applicativo**  
**dell'art. 86, I comma, del D.lgs**  
**163/2006**

Che accade se più offerte sono uguali ai fini del numero delle offerte da escludere a seguito del taglio delle ali?

Il Consiglio di Stato ritiene che il cosiddetto taglio delle ali persegua sicuramente l'intento di eliminare, alla radice, l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte manifestamente distanti dai valori medi. Ne segue che l'indicazione del dieci per cento delle offerte da escludere dalla media non deve intendersi in senso numerico soltanto, ma anche in senso logico. E' impedito così che, a determinare il valore medio in questione, concorrano offerte che, per la loro oggettiva consistenza, siano identiche ad altra, ritenuta per definizione ininfluenza o fuorviante, venendo, altrimenti, a mancare, nello scarto degli estremi, la funzione correttiva sostanziale sia del computo della media, sia del calcolo dello scarto aritmetico medio dei ribassi percentuali.

Se vi sono più offerte che hanno il medesimo valore devono essere considerate come una al fine dell'esclusione del 10% delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso.

Il metodo di natura sostanzialmente meccanica sin qui illustrato per l'individuazione della potenziale offerta anomala si applica solo quando siamo in presenza di almeno cinque offerte valide, in quanto nel caso in cui, a prescindere da ogni aspetto, vi siano meno di dieci offerte, la stazione appaltante procede alla verifica dell'anomalia dell'offerta che sulla base di specifici elementi possa eventualmente ritenersi anomala. Ne consegue che allorquando vi siano meno di cinque offerte in via logica non si dovrebbe procedere con il procedimento di cui al comma 1 dell'art. 86, ma valutare in relazione alle offerte presentate se qualcuna presenta *ictu oculi* margini di anomalia.

A riprova di ciò, testualmente il comma 4 dell'art. 86 dispone che il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3, il quale a sua volta dispone che in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

**Anomalia dell'offerta nel sistema di  
aggiudicazione dell'offerta  
economicamente più vantaggiosa**



L'art. 86, II comma, dal D.Lgs 163/2006, ci introduce all'argomento poiché afferma che *nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.*

- Si calcolano i 4/5 dei punteggi massimi previsti dal bando per il prezzo e per gli elementi tecnici di valutazione.
- Sono sottoposte a verifica le offerte i cui punti siano pari o superiori sia al prezzo che agli elementi tecnici.



**l'anomalia dell'offerta e le giustificazioni ammesse**

Il D.Lgs 163/2006 elenca le giustificazioni che i vari operatori economici possono addurre a sostegno della loro offerta laddove questa sia stata ritenuta sospetta di anomalia a seguito dell'applicazione dei metodi sopra delineati e previsti dall'art. 86, I e II, comma dello stesso decreto.

Il D.Lgs 163/2006 elenca una pluralità di casi di giustificazione che tuttavia sono meramente esemplificativi e non tassativi, come sostenuto anche dalla Corte di Giustizia europea.

Il D.Lgs 163/2006 ammette la possibilità di giustificare l'offerta anche per valori inferiori rispetto a quelli previsti come minimi da disposizioni o dati ufficiali, così come già ammesso anche dalla Corte di Giustizia secondo la quale negare la possibilità di giustificare un prezzo che risulta essere inferiore rispetto a quello minimo previsto da un dato ufficiale (regolamento, listino prezzi...) appare illogico ed incongruo ed inoltre contravviene allo spirito di una leale concorrenza che si evolve continuamente e che non può essere ancorata a valori predefiniti.

E' opportuno considerare che l'art. 87 III comma del D.Lgs 163/2006 prevede che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge.

Indubbiamente l'inderogabilità discende da un principio costituzionale di tutela del lavoratore il quale deve percepire una retribuzione che sia sufficiente a garantirgli una esistenza libera e dignitosa.

Si devono considerare quali minimi inderogabili i minimi retributivi e previdenziali previsti dai contratti collettivi di settore.

Ne consegue che un eventuale offerta che preveda oneri retributivi e previdenziali inferiori non potrà mai essere ritenuta giustificabile e dovrà essere esclusa.

In tema di sicurezza si applica lo stesso principio in quanto gli oneri di sicurezza non sono mai negoziabili né tanto meno oggetto di ribasso rispetto il valore loro attribuito in sede predisposizione di procedura di affidamento.

Per i valori minimi che sono previsti come inderogabili da norma imperativa a tutela di interessi rilevanti quali la giusta retribuzione e la tutela della sicurezza non si prevede nessuna eccezione

Il complesso testo normativo del codice dei contratti prevede tra le cause di giustificazione anche quella relativa al costo del lavoro.

Il costo del lavoro è una voce composta all'interno della quale vi sono anche gli oneri retributivi e previdenziali per i quali vige il principio dell'inderogabilità del minimo.

Ne consegue che l'operatore economico può addurre come causa di giustificazione il costo del lavoro laddove vengano comunque rispettati i minimi retributivi e previdenziali.

La norma implica che il costo del lavoro si compone di alcune voci che possono essere oggetto di negoziazione, e di altre voci che invece assolutamente non lo sono.

L'art 87 II comma lett. g) che prevede che siano ammesse giustificazioni relative al costo del lavoro dispone altresì che la stazione appaltante abbia un vero e proprio obbligo di verificare che l'offerta sia congrua e adeguata al costo del lavoro.

Per agevolare le stazioni appaltanti in questo compito, il Ministero del Lavoro emana per settori, delle apposte tabelle nelle quali viene indicato il costo medio orario del personale dipendente.

La stazione appaltante può così avere un parametro di riscontro per la verifica degli elementi economici che attengono al costo del lavoro.

Indubbiamente data la complessità delle implicazioni che si possono incontrare, possiamo affermare che i dati costituiscono un elemento di valutazione che si associa pur sempre ad un aspetto di discrezionalità circa la congruità dell'offerta.

Il D.Lgs.163/2006 all'art. 87 IV comma non ammette giustificazioni nemmeno in relazione agli oneri della sicurezza poiché si tratta di un bene di grande valore non oggetto di negoziazione né di ribasso.

La disciplina normativa distingue gli oneri della sicurezza nei lavori pubblici, che non possono essere oggetto di ribasso e vanno evidenziati nei bandi di gara, e negli appalti di forniture e di servizi ove gli oneri della sicurezza devono essere indicati nell'offerta e risultare congrui.

Gli oneri per la sicurezza negli appalti non sono mai oggetto di negoziazione

**Servizi e Forniture:** L'art. 87, IV comma, del D.Lgs.163/2006 prevede che nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi della sicurezza che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche della fornitura o del servizio.

**Lavori Pubblici:** L'art. 131, III comma, del D.Lgs.163/2006 prevede che gli oneri di sicurezza vanno evidenziati nei bandi e non sono soggetti a ribasso d'asta

L'art. 87 del D.Lgs 163/2006, in tema di elementi dell'offerta da porre a verifica di anomalia, prevede un riferimento generico agli elementi costitutivi dell'offerta senza indicare alcuna percentuale. Ne consegue che la verifica della congruità dell'offerta presentata deve prendere in considerazione la totalità degli elementi dell'offerta



Nell'ambito della verifica dell'anomalia l'operatore economico può giustificare il minor prezzo con la rinuncia all'utile di impresa ovvero di una sua compressione tale da renderlo ininfluyente?

L'utile di impresa rappresenta di fatto l'elemento che stimola l'impresa a partecipare alla procedura di affidamento, per cui appare già nella natura delle cose quanto meno irrituale che un'impresa rinunci ad ottenere ciò che rappresenta il vero ed unico motivo per cui nasce, ossia il guadagno!

Giuridicamente per altro se fosse ammissibile l'azzeramento dell'utile, non vi sarebbe più alcun limite per verificare la ragionevolezza dell'offerta, la quale andrebbe ragguagliata solo ed esclusivamente su ciò che per legge deve inderogabilmente essere garantito.

Il comma 9 dell'art. 122 del Codice dispone che per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro l'esclusione automatica è ammessa solo a queste condizioni:

che venga utilizzato il prezzo più basso (se c'è offerta economicamente più vantaggiosa non è possibile l'esclusione automatica)

deve essere espressamente previsto nel bando di gara

devono essere presenti almeno 10 offerte

**Art. 253 D.Lgs 163/2006**

Comma 20-bis.

*Le stazioni appaltanti possono applicare fino al **31 dicembre 2015** le disposizioni di cui agli articoli 122, comma 9, e 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28. (comma introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera II), legge n. 106 del 2011, poi così modificato dall'art. 26, comma 2, legge n. 98 del 2013)*