

Appalti

Nuovo codice, dagli oneri di sicurezza alle offerte anomale: le novità sui criteri di aggiudicazione

di Roberto Mangani

05 Maggio 2023

Secondo focus dedicato ad approfondire le norme dedicate alla valutazione delle offerte nel Dlgs 36/2023

La disciplina dei criteri di aggiudicazione contiene alcune altre novità rispetto alle previsioni del Dlgs 50/2016, rispetto a quelle di cui abbiamo già dato conto [in quest'altro articolo pubblicato ieri](#).

Oneri di sicurezza e costi della manodopera

Il comma 9 dell'articolo 108 del Dlgs 36/2023 sancisce che nell'offerta economica l'operatore deve indicare a pena di esclusione i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendali. Questa prescrizione subisce una deroga solo in relazione alle forniture senza posa in opera e ai servizi di natura intellettuale, per i quali il legislatore ha ritenuto che le loro caratteristiche siano tali da non contemplare la necessità di indicare tali elementi. Soluzione che se appare corretta con riferimento agli oneri di sicurezza, suscita qualche perplessità per i costi della manodopera.

Anche se la previsione derogatoria riprende quanto già stabilito dal Dlgs 50 (articolo 95, comma 10), occorre infatti considerare che i costi della manodopera sussistono anche in relazione alle forniture senza posa in opera e ai servizi di natura intellettuale, e che se la finalità della loro preventiva esposizione nell'offerta risponde alla logica di rendere più agevole e immediato il controllo del rispetto dei minimi salariali, questa esigenza permane anche in relazione a queste tipologie di contratti. La novità sostanziale rispetto al regime previgente è che la nuova disposizione sancisce in maniera definitiva e senza possibilità di discussione che la mancata indicazione nell'offerta dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza determina l'esclusione del concorrente dalla gara.

Vengono così superate le incertezze interpretative poste dalla precedente disposizione – alimentate anche da una giurisprudenza non univoca – in merito al fatto se il mancato assolvimento degli adempimenti procedurali indicati fosse sanzionato con l'esclusione dalla gara ovvero consentisse una sanatoria successiva anche mediante ricorso al soccorso istruttorio.

Varianti

Cambia in maniera significativa la disciplina delle varianti che nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa possono essere proposte dai concorrenti rispetto al progetto posto a base di gara. Nel precedente regime normativo del Dlgs 50 era infatti previsto che gli enti appaltanti potessero autorizzare la presentazione di varianti da parte dei concorrenti e in questo caso dovevano

indicare nei documenti di gara i requisiti minimi che tali varianti dovevano avere per essere prese in considerazione nonché le modalità per la loro presentazione (articolo 95, comma 14). Anche in questo caso si era sviluppato un dibattito incentrato sulla ritenuta distinzione tra varianti in senso proprio, consentite solo se preventivamente autorizzate dall'ente appaltante nei documenti di gara, e offerta migliorativa, che veniva invece sempre ammessa anche in mancanza di una specifica clausola autorizzatoria contenuta nel bando. Distinzione peraltro di non immediata percezione, e che aveva prodotto interpretazioni giurisprudenziali difficilmente riconducibili a un indirizzo univoco in merito a ciò che dovesse considerarsi variante in senso proprio (vietata, salvo esplicita preventiva autorizzazione nel bando di gara) o mera offerta migliorativa, sempre consentita.

Il comma 11 dell'articolo 108 del D.lgs. 36/2023 adotta una disciplina diversa e più restrittiva, almeno in relazione all'ipotesi in cui la variante si traduca nell'offerta di opere aggiuntive rispetto al progetto esecutivo posto a base di gara. Questa possibilità non è in astratto preclusa, ma è vietato all'ente appaltante che in relazione a tali eventuali opere aggiuntive sia attribuito uno specifico punteggio all'offerta tecnica presentata. In sostanza, la nuova disciplina sembra potersi sintetizzare secondo le seguenti linee interpretative:

- le varianti in senso proprio al progetto posto a base di gara non sono mai ammesse, essendo venuta meno la facoltà della preventiva autorizzazione delle stesse nei documenti di gara da parte dell'ente appaltante;
- è consentita in astratto la proposizione di opere aggiuntive, fermo restando che in concreto questa possibilità sembra incontrare degli ostacoli operativi nel momento in cui è precluso di attribuire un punteggio aggiuntivo alle offerte che contengano tali opere;
- resta il tema dell'ammissibilità di modifiche migliorative al progetto contenute nell'offerta tecnica che non rappresentano vere e proprie varianti.

Fermo restando la difficoltà di stabilire in concreto quando si tratti di modifiche migliorative (ammesse) e di varianti in senso proprio (vietate), la possibilità di presentare in sede di offerta tecnica modifiche migliorative al progetto posto a base di gara non sembra potersi escludere in termini assoluti. È però da ritenere che l'ammissibilità di modifiche migliorative sia legata ai contenuti del bando di gara, che potrebbe prevederle quale uno dei criteri qualitativi sulla base dei quali valutare l'offerta tecnica dei concorrenti.

L'affidamento dei beni e servizi informatici

Specifiche disposizioni sono contenute all'articolo 108, comma 4 con riferimento all'aggiudicazione dei contratti aventi ad oggetto beni e servizi informatici. Tali disposizioni sono indirizzate a garantire che in fase di aggiudicazione sia assicurata in misura massima la qualità dei beni e dei servizi oggetto di approvvigionamento, anche tenendo conto del profilo legato alla cybersicurezza.

Per soddisfare questa esigenza la norma si muove in una duplice direzione. Una prima prescrizione è di carattere generale, e impone alle stazioni appaltanti che acquisiscono beni e servizi informatici di valutare gli elementi qualitativi dell'offerta tenendo in particolare considerazione il profilo della cybersicurezza, connesso anche alla tutela degli interessi nazionali strategici. La tutela di tali

interessi è poi nuovamente richiamata – con una duplicazione in realtà poco comprensibile – in relazione alla seconda previsione, secondo cui qualora i beni e i servizi informatici siano impiegati in un contesto connesso alla suddetta tutela, la stazione appaltante è tenuta ad attribuire all'elemento prezzo un peso ponderale non superiore al 10%.

Anche se, come detto, il duplice riferimento alla tutela degli interessi nazionali strategici crea una sovrapposizione generatrice di confusione, si deve ritenere che l'insieme delle previsioni esaminate possa essere interpretato nel senso che:

- a) in termini generali, nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa andranno inseriti elementi di valutazione idonei a garantire la cybersicurezza;
- b) nelle specifiche ipotesi in cui gli approvvigionamenti siano strettamente inerenti a contesti in cui la tutela degli interessi nazionali strategici assume un rilievo centrale – si pensi ai settori della difesa, della sicurezza pubblica, dei servizi di intelligence, ma anche delle infrastrutture strategiche e simili – vi è un ulteriore livello di garanzia qualitativa che si esprime nella limitazione dell'elemento prezzo a un peso ponderale non superiore al 10%.

Il prezzo più basso

Viene confermata senza innovazioni la disciplina contenuta nel Dlgs 50. Il comma 3 dell'articolo 108 individua le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono utilizzare questo criterio di aggiudicazione: servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, con esplicita esclusione dei servizi ad alta intensità di manodopera per i quali resta obbligatorio il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La giurisprudenza ha precisato che tale ipotesi si riferisce a prestazioni di natura seriale e ripetitiva, normalmente di numero molto elevato, per la cui esecuzione non risultano necessarie competenze altamente qualificate e specialistiche, ma soltanto competenze di base. Ne sono esempi emblematici quei servizi le cui modalità di esecuzione sono puntualmente definiti dalla normativa, cosicché restano margini molto ristretti di diversificazione qualitativa (come la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti). Resta fermo il principio che se un servizio è contestualmente di natura standardizzata ma anche ad alta intensità di manodopera, prevale quest'ultimo aspetto, con la conseguenza che si dovrà utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.


Le offerte anomale

L'articolo 110 contiene la disciplina delle offerte anomale. Sotto il profilo procedurale non vi sono significative variazioni rispetto a quanto previsto dal Dlgs 50. In caso di offerta sospetta di anomalia la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni sul prezzo o sui costi, assegnando per rispondere un termine non superiore a quindici giorni (comma 2). Come nel previgente regime le giustificazioni riguardano elementi predeterminati: economia dei processi di fabbricazione, di produzione o dei metodi di costruzione; soluzione tecniche prescelte o condizioni eccezionalmente favorevoli di cui gode l'offerente; originalità dei lavori, delle forniture e dei servizi offerti (comma 3). È anche ribadito il divieto di presentare giustificazioni che si riferiscono ai trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri della sicurezza (comma 4). Anche l'eventuale decisione di esclusione

dell'offerta si fonda sugli stessi elementi indicati in passato (comma 5): insufficienza delle giustificazioni presentate ovvero: mancato rispetto degli obblighi ambientali, sociali e del lavoro; mancato rispetto degli obblighi in materia di subappalto; oneri di sicurezza incongrui; costo del personale inferiore ai minimi salariali.

Le vere novità della nuova disciplina sono due, tra loro connesse. La prima è l'eliminazione di qualunque indicazione normativa ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia. Viene meno il riferimento alla media dei ribassi corretta secondo determinati parametri, che era presente nell'articolo 97 del Dlgs 50. Cambia quindi in maniera radicale l'approccio. Non è più il legislatore a stabilire, secondo criteri predeterminati, quando un'offerta è sospetta di anomalia, ma è il singolo ente appaltante che in relazione agli specifici casi decide discrezionalmente se un'offerta è da sottoporre a verifica di anomalia. Una maggiore flessibilità sicuramente positiva, ma che evidentemente comporta una forte assunzione di responsabilità da parte dei medesimi enti appaltanti.

La seconda novità – legata alla prima - riguarda l'eliminazione della specifica previsione che regolava la valutazione di congruità in relazione al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, già contenuta al comma 3 dell'articolo 95 del Dlgs. 50. Anche in questo caso tale eliminazione comporta che per l'individuazione delle offerte sospette di anomalia non vi sono parametri prefissati dal legislatore, ma un rinvio all'esercizio della discrezionalità del singolo ente appaltante.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE