

**QUANDO LE IDEE DEL LEGISLATORE E DEI GIURISTI SONO CONFUSE E NON CONVERGENTI, SI PROVOCANO SOLO PASTICCI.
LA PROBLEMATICHE DEL SUBAPPALTO NECESSARIO E DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA.**

IL SUBAPPALTO NECESSARIO

Con la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, del 4 maggio 2015 n. 2223, il Supremo Consesso ha dichiarato in sostanza quanto segue:

sulla scorta della normativa di carattere comunitario all'uopo dettata, effettivamente in base alla lettura coordinata delle disposizioni di cui agli artt. 37, comma 11, e 118, comma 2, del d.lgs. 163/2006 e art. 92 del DPR 207/2010 non è dato evincere espressamente l'esistenza di un obbligo per il concorrente, che dichiara di voler avvalersi del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice (in tal senso rifacendosi a precedenti pronunce del Consiglio di Stato, tra cui quella della stessa Sezione del 27/7/2014 n. 3449). Un approccio interpretativo di tipo squisitamente letterale di dette disposizioni depone dunque in favore della tesi che in concreto l'onere di comunicazione in via preventiva del nominativo del subappaltatore non è contemplato e quindi non sussisterebbe il relativo onere dichiarativo ma questa non può essere una regola esegetica valida in ogni circostanza, dovendo soccorrere, a mò di deroga, i principi che informano il caso del c.d. subappalto necessario e che fanno indubbiamente propendere per la sussistenza dell'obbligo in questione da assolversi da parte del concorrente nella fase della presentazione dell'offerta. Ciò detto, il Collegio ha precisato che pur essendo ben a conoscenza dell'esistenza di un preciso indirizzo interpretativo secondo cui non vi sarebbe l'esigenza di conoscere tempestivamente il nome dell'appaltatore (cfr. Cons. Stato Sez. V 12/3/2013 n.3963) ritiene nondimeno di non poter aderire a un siffatto assunto, dovendosi condividere l'orientamento di segno opposto pure affermato in materia (Cons. Stato Sez. VI 25/5/2012 n. 2508; idem 21/11/2012 n. 5900). Invero, ai fini dell'applicazione dell'art.118 del Codice degli appalti occorre distinguere fra:

- a) le ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, a prescindere dalla conclusione di un subappalto (c.d. **subappalto facoltativo**);
- b) le ipotesi in cui il concorrente sia privo di un requisito di qualificazione e pertanto intenda avvalersi di altra impresa non solo ai fini dell'esecuzione, ma più a monte ai fini della stessa qualificazione per l'ammissione alla gara (c.d. **subappalto necessario**).

A fronte di una tale distinzione, la previsione di cui al comma 2 dell'art. 118 in tema di dichiarazione di subappalto va intesa nel senso che la dichiarazione :

- 1) può essere limitata alla volontà di concludere un subappalto pur possedendo il concorrente tutte le qualificazioni per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto di subappalto;
- 2) al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice nel caso in cui il ricorso al subappalto si rende necessario a cagione del mancato autonomo possesso da parte del singolo concorrente, dei requisiti di qualificazione per l'utile ammissione alla gara.

D'altra parte la configurabilità di obbligo dichiarativo per così dire *ex ante* si coniuga con la figura del subappalto, posto che dal punto di vista per così dire fisiologico tale "strumento" ricorre, appunto, nelle ipotesi in cui il partecipante alla gara sia autonomamente in possesso dei presupposti e dei requisiti per la corretta esecuzione dell'appalto, di talchè in tale ottica si può giustificare la possibilità per il concorrente di integrare *ex post* la dichiarazione di subappalto (attraverso la postuma indicazione del subappaltatore). Da ciò si deve altresì concludere *a contariis* che quando al momento della presentazione dell'offerta mancano i requisiti da possedersi in capo a ogni singolo concorrente, questi può sì farsi adiuvarre da altro soggetto in grado di soccorrere il partecipante (appunto il subappaltatore) ma è del tutto logico pretendere proprio ai fini della salvaguardia dei requisiti di ammissibilità alla gara che occorre sia indicato il nominativo dell'impresa che "concorre" a coprire la manchevolezza del singolo partecipante. E' evidente infatti che la *ratio* che

anima il sistema del subappalto è quella riconducibile ragionevolmente alla necessità di far sì che la stazione appaltante sia messa in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto che dimostri di possedere, vuoi in proprio vuoi attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per la corretta esecuzione del contratto e d'altra parte non appare ammissibile che la stessa stazione appaltante ammetta per così dire al buio un soggetto pacificamente carente di requisito di partecipazione senza che questi si sia curato di dimostrare *ab initio* la possibilità di avvalersi dei requisiti dei terzi a mezzo appunto del subappalto. Se così è, alla luce della natura e delle finalità dell'istituto del subappalto e dovendosi in particolare, discernere tra **subappalto facoltativo e subappalto necessario**, quanto meno in questa seconda ipotesi deve ritenersi che la validità della dichiarazione di subappalto non può essere limitata alla manifestazione di voler subappaltare, ma deve essere subordinata anche all'onere di indicare in via preventiva gli estremi delle imprese subappaltatrici, proprio perché l'amministrazione appaltante deve da subito poter verificare l'affidabilità e la trasparenza del subappalto anche con riferimento alla impresa che interviene ad *adiuvandum*.

Di contro, l'ANAC ha sempre confermato l'insussistenza dell'obbligo per il concorrente di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice, anche per quelle categorie di cui lo stesso non ne possieda i requisiti di legge.

La continua incertezza interpretativa della norma del subappalto di che trattasi, tuttavia, ha prodotto, da parte della stessa Sezione IV del Consiglio di Stato, l'ordinanza del 3 giugno 2015 n. 2707 la quale in sostanza prevede quanto segue:

la Sezione ritiene di dover devolvere all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni di diritto meglio di seguito indicate, in relazione alle quali sussistono – o, comunque, potrebbero sussistere – difformità di indirizzi in giurisprudenza potenzialmente idonei a pregiudicare l'equa ed uniforme applicazione della normativa di riferimento. Più specificamente per quanto attiene alla necessità (o meno) dell'indicazione del nominativo dei subappaltatori in sede di offerta da parte dei concorrenti di una gara di appalto, i quali abbiano dichiarato di voler subappaltare parte delle prestazioni oggetto dell'affidamento, per le quali non risultino in possesso della richiesta qualificazione. Sul punto, si è già rilevato che effettivamente l'orientamento di gran lunga prevalente, consolidatosi almeno negli ultimi due anni presso tutte le Sezioni del Consiglio di Stato, è nel senso che l'art. 118, comma 2, del d.lgs. 163/2006, nella parte in cui sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo, va interpretato nel senso che la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso in capo al medesimo dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario in conseguenza del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, **dei necessari requisiti di qualificazione (cd. subappalto necessario)**; detta dichiarazione può invece essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nell'ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia quando il ricorso al subappalto rappresenti per lo stesso concorrente una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, nr. 944; id., 10 febbraio 2015, nr. 676; id., sez. III, 26 novembre 2014, nr. 5856; id., sez. V, 28 agosto 2014, nr. 4405; id., sez. IV, 26 agosto 2014, nr. 4299; id., 26 maggio 2014, nr. 2675; id., 13 marzo 2014, nr. 1224; id., 5 dicembre 2013, nr. 5781). La Sezione IV condivide tale indirizzo, la cui *ratio* risiede manifestamente nell'esigenza di assicurare sempre e comunque la partecipazione alle gare di concorrenti i quali risultino in possesso della qualificazione richiesta dalla *lex specialis* per tutte le prestazioni oggetto dell'appalto; l'opposto indirizzo, infatti, produrrebbe l'effetto di consentire la partecipazione di imprese sprovvedute dei necessari requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare *ex post*, in sede di esecuzione del contratto e al momento della successiva indicazione dei subappaltatori, i predetti requisiti non

posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

A fronte di tali rilievi, non appaiono dirimenti le considerazioni sovente addotte, sostenute dalle parti appellanti, a sostegno dell'opposta conclusione nel senso della non necessità di un'immediata indicazione dei subappaltatori: considerazioni riassumibili nel non essere tale obbligo espressamente sancito dall'art. 118 del d.lgs. nr. 163/2006, nel porsi la conseguente esclusione – ove non prevista dal bando di gara – in violazione del principio di tassatività delle cause ostative oggi codificato all'art. 46, comma 1-*ter*, del medesimo decreto, e nell'inidoneità in ogni caso dell'indicazione dei subappaltatori a fornire alla stazione appaltante serie garanzie sul possesso dei requisiti in capo al concorrente. Quanto al primo aspetto, è agevole rilevare che nell'ipotesi in esame l'esclusione del concorrente dalla procedura selettiva conseguirebbe non già alla mera inosservanza di un obbligo dichiarativo, ma alla circostanza sostanziale del mancato possesso dei necessari requisiti di qualificazione per parte delle prestazioni oggetto dell'appalto: donde l'irrelevanza della carenza di una specifica previsione nell'art. 118, discendendo l'esigenza di un'indicazione nominativa del subappaltatore dalla logica stessa del sistema in materia di necessario possesso dei requisiti tecnico-organizzativi di partecipazione. Con riguardo al secondo profilo, va rammentato che, nell'accezione “sostanzialistica” fatta propria dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sent. 7 giugno 2012, nr. 21), il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del Codice dei contratti pubblici o del regolamento attuativo la prevedano espressamente, ma anche in ogni altro caso in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione (in tal modo restando irrilevante la mancata previsione esplicita di una comminatoria di esclusione, in quanto si realizza una eterointegrazione legale della *lex specialis*); tale argomento, con richiamo alle norme in tema di possesso dei titoli di qualificazione indispensabili per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, è richiamato dalle pronunce che sostengono l'orientamento interpretativo cui aderisce la Sezione IV (cfr. ad esempio la sent. nr. 1124/2014, cit.). Infine, quanto al terzo dei profili evocati, l'indirizzo prevalente finisce invero per essere idoneo a garantire la stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti di qualificazione in capo al concorrente, nella misura in cui si assuma – come in fatto è, nelle decisioni che a tale impostazione aderiscono – che il concorrente, il quale sia sprovvisto della qualificazione per le categorie scorporabili e dichiarati di voler subappaltare le relative prestazioni, sia tenuto non solo a indicare nominativamente i subappaltatori, ma anche e soprattutto ad attestare il possesso dei requisiti in capo agli stessi (**svolgendo di fatto il subappalto, in tale ipotesi, la medesima funzione dell'avvalimento ex art. 49 del d.lgs. 163/2006**).

Se tali sono gli argomenti che militano a favore dell'opzione maggioritaria, non può però sottacersi che ancora in tempi recenti l'opposto orientamento è emerso nella giurisprudenza sia di primo grado (cfr. T.A.R. Puglia, sez. II, 27 marzo 2014, nr. 393) sia d'appello (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2014, nr. 3449, sia pure con riferimento a una fattispecie concreta in cui non si trattava di subappalto c.d. “necessario”; id., 19 giugno 2012, nr. 3653), nonché nell'avviso costantemente espresso sul punto dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, oggi Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui “**la normativa vigente non pone l'obbligo d'indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta**, a differenza di quanto previsto dall'art. 49 del d.lgs. 163/2006 per l'impresa ausiliaria, ma soltanto l'onere di dichiarare preventivamente le lavorazioni che il concorrente intenda subappaltare, qualora privo della necessaria qualificazione, fermo restando, in tal caso, che la mancanza della qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria deve essere compensata da un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, e ciò a tutela della stazione appaltante, circa la sussistenza della complessiva capacità economica e finanziaria in capo all'appaltatore” (cfr. parere nr. 11 del 30 gennaio 2014; nello stesso senso, determinazione 10 ottobre 2012, nr. 4, e, da ultimo, determinazione 8 gennaio 2015, nr. 1).

Sulla base delle motivazioni fin qui esposte, la Sezione IV ha ritenuto doversi deferire all'Adunanza plenaria le questioni innanzi esposte, e segnatamente:

a) se sia o meno obbligatoria, ai sensi dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006 e delle norme connesse,

l'indicazione già in sede di presentazione dell'offerta del nominativo del subappaltatore, qualora il concorrente sia privo dei necessari requisiti di qualificazione per talune categorie scorporabili ed abbia espresso l'intento di subappaltare tali prestazioni;

b) se, ammessa la risposta affermativa al quesito che precede, per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita anteriormente al pronunciamento della Plenaria, sia possibile avviare all'eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, e quindi invitando il concorrente interessato a integrare la dichiarazione carente.

La Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (che abroga la precedente direttiva 2004/18/CE), all'art. 71 – Subappalto – novella al comma 2 che *“Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, **nonché i subappaltatori proposti**”*: dunque la norma comunitaria rimette al potere legislativo dello Stato membro la statuizione dell'obbligo di indicare nell'offerta di gara i nominativi dei subappaltatori proposti, prescindendo dal possesso o meno dei requisiti del concorrente per la parte da subappaltare (quindi senza fare differenza tra subappalto necessario e facoltativo); tuttavia, nel contempo, la medesima norma conferisce la facoltà all'amministrazione aggiudicatrice di chiedere al concorrente di indicare nell'offerta di gara i nominativi dei subappaltatori proposti, come detto prima, attraverso la *lex specialis* della gara.

Il Documento di analisi della Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici n. 15/16/CR5bis/C4 del 19 febbraio 2015, adottato dal Consiglio Direttivo di ITACA nella seduta del 18 dicembre 2014, dalla Commissione Infrastrutture, Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del 18 febbraio 2015, e approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del 19 febbraio 2015, nell'esaminare la predetta direttiva comunitaria segnala in merito all'art. 71 comma 2 della Direttiva n. 24 (innanzi commentato), le seguenti *“Opportunità e criticità”* della norma: *«Da rilevare che tale possibilità, esistente anche sotto la vigenza della precedente Direttiva, non è stata recepita dal legislatore nazionale che, all'art. 118 dedicato al subappalto, contempla l'obbligo, per i concorrenti che intendono avvalersi del subappalto, all'atto dell'affidamento, di indicare soltanto i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo, **non anche il nominativo del subappaltatore.***

Va segnalato che di recente si è andato affermando l'orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere il c.d. “subappalto necessario o avvalimento sostanziale” (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 4405 del 28.08.2014; Cons. St., Sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900), secondo il quale l'art. 118 c.2 d.lgs 163/2006 (che sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione, fra le altre, che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo) va interpretata nel senso che la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione; al contrario, può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012) si è espressa in senso contrario ed ha ritenuto che la normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta, ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile.

Si ritiene che in sede di recepimento il legislatore debba fare chiarezza fornendo, innanzitutto, una precisa definizione di “subappalto”, oltre ad affrontare la problematica sopra evidenziata al fine di dare maggiore trasparenza alle imprese nel momento in cui partecipano alla gara, anche in considerazione dell’attuale nuova normativa in materia di qualificazione».

Il recente disegno di legge, d’iniziativa del Governo, approvato dal Senato della Repubblica il 18 giugno 2015, rubricato con il titolo “*Delega al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, prevede all’art. 1 comma 1 che il decreto legislativo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che il Governo è delegato ad adottare debba tener conto dei principi quiivi elencati tra cui quelli novellati alla lettera hhh) che dispone la “*introduzione di una disciplina specifica per il subappalto, prevedendo in particolare: l’obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta sia le parti del contratto di lavori che intende subappaltare, sia una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di lavorazioni prevista in progetto; l’obbligo di dimostrare l’assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione; l’obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell’appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti*”. Con tale disposizione il legislatore non ha fatto altro che peggiorare ulteriormente la procedura del subappalto, triplicando le difficoltà per il ricorso a tale istituto inserendo l’obbligo per il concorrente di indicare una terna di subappaltatori opzionali per ogni subappalto proposto in fase di gara, con la conseguenza che una tale sciagurata norma implicherebbe un pesante aggravamento della gestione delle gare di appalto e alimenterebbe significativamente il contenzioso sia nella fase concorrenziale che in quella esecutiva.

Considerazioni

In primis si rileva che il Consiglio di Stato, Sezione IV, nell’ordinanza del 3/6/2015 n. 2707 (innanzi riportata in sintesi) paragona il “subappalto necessario” all’avvalimento ex art. 49 del d.lgs. 163/2006, nonché il Documento n. 15/16/CR5bis/C4 del 19/2/2015 di ITACA (prima riportato in sintesi) segnala “*che di recente si è andato affermando l’orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere il c.d. “subappalto necessario o avvalimento sostanziale”*. E’ il caso di chiarire che l’istituto di avvalimento è disciplinato dall’art. 49 del d.lgs. 163/2006 che al primo comma recita che «*Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell’attestazione SOA di altro soggetto*» e al decimo comma novella che «*Il contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l’impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*»: quindi con l’avvalimento il concorrente c.d. ausiliato si serve dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero dell’attestazione SOA posseduti da un altro soggetto c.d. ausiliario che li mette a disposizione del concorrente per la partecipazione alla gara di appalto. Il contratto di avvalimento va costituito al momento dell’offerta (e non dopo) e deve specificare i requisiti di carattere speciale oggetto di avvalimento nonché dettagliare le risorse che l’ausiliario mette a disposizione dell’ausiliato per tutta la durata dell’appalto. Inoltre, la norma puntualizza che il contratto di appalto è eseguito direttamente dal concorrente ausiliato (e non dall’ausiliario) il quale, tuttavia, ha facoltà (e non obbligo) di conferire all’ausiliario l’esecuzione di una parte di contratto, relativamente ai requisiti prestati e nei limiti degli stessi, a titolo di subappaltatore.

Da quanto innanzi specificato, appare evidente che il “subappalto necessario” non ha nulla in comune con l’avvalimento, principalmente per i seguenti motivi:

- a) il contratto di subappalto si costituisce almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell’esecuzione delle relative prestazioni, a norma dell’art. 118 del d.lgs. 163/2006, e non con la presentazione dell’offerta, come invece avviene con l’avvalimento. Si ritiene che l’unico atto che possa richiedersi in fase di gara per il c.d. subappalto necessario sia un impegno espresso bilaterale a obbligarsi, per tutta la durata dell’appalto, a eseguire in subappalto le prestazioni interessate, in caso di aggiudicazione dell’appalto, previa consegna di tutta la documentazione di legge nei modi e nei termini previsti dal citato art. 118, preordinata alla preventiva autorizzazione di subappalto;
- b) le prestazioni in subappalto sono eseguite esclusivamente dal subappaltatore e non dal concorrente, mentre con l’avvalimento il contratto è eseguito direttamente dal concorrente ausiliato che, tuttavia, può (ma non deve) affidare in subappalto all’ausiliario l’esecuzione di una parte di contratto, comunque nei limiti dei requisiti prestati.

Invece, appare evidente che il c.d. “subappalto necessario” si sovrappone specularmente con la tipologia del raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale ex art. 37 del d.lgs. 163/2006 che al primo comma prevede che «*Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; ...*» e al secondo comma dispone che «*Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; ...*». Dunque, il “subappalto necessario”, come concepito dalla recente giurisprudenza e dal legislatore nella delega per la riforma del Codice degli appalti, non è altro che una duplicazione del RTI di tipo verticale per i seguenti precisi motivi:

- a) l’atto costitutivo del RTI (a meno che il raggruppamento non sia già costituito, cosa che raramente si verifica) si formalizza dopo l’aggiudicazione dell’appalto, analogamente al contratto di subappalto che si stipula in fase esecutiva. Difatti, per la partecipazione alla gara, il RTI deve presentare soltanto l’impegno, in caso di aggiudicazione, a uniformarsi alla disciplina vigente in materia di contratti pubblici per i raggruppamenti temporanei, analogamente a quanto ritenuto prima per il c.d. subappalto necessario che esige un impegno bilaterale in fase di gara per obbligarsi a eseguire in subappalto le specifiche prestazioni in caso di aggiudicazione dell’appalto;
- b) per i lavori, la categoria prevalente e le categorie scorporabili dell’appalto, per le quali il mandatario (capogruppo del RTI) possiede i relativi requisiti, sono eseguiti dallo stesso, mentre le altre categorie scorporabili sono eseguite dai mandanti che ne possiedono i rispettivi requisiti; per i servizi e le forniture, il mandatario esegue le prestazioni principale e secondarie per le quali ne possiede i relativi requisiti, mentre i mandanti eseguono le altre prestazioni secondarie per le quali ne possiedono i rispettivi requisiti. Analogamente, le prestazioni in subappalto sono eseguite esclusivamente dal subappaltatore che ne è qualificato (che per l’appunto è comparabile al mandante), mentre il concorrente (che è equiparabile al mandatario) esegue tutte le altre prestazioni dell’appalto per le quali è qualificato.

In secundis qualora fosse confermato, dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e dal legislatore nella riforma del Codice degli appalti, il principio del c.d. “subappalto necessario” occorrerà inserire nei bandi di gara l’obbligo per il concorrente, a pena di esclusione (non essendo applicabile il soccorso istruttorio per i requisiti speciali di qualificazione non posseduti al momento della partecipazione alla gara, come chiarito dall’ANAC con Determina n. 1 dell’8/1/2015), di indicare nell’offerta espressamente il nominativo del subappaltatore per quelle categorie di lavori a qualificazione obbligatoria o per le prestazioni di servizi e forniture soggette ad abilitazione obbligatoria (per es. che richiedono l’iscrizione specifica presso la CCIAA o presso albi professionali, ecc.) di cui egli non ne possiede i requisiti di legge e che perciò intenda subappaltare. In tal caso sarà necessario prevedere nel bando, a pena di esclusione, che anche il subappaltatore indicato dal concorrente presenti tutta la documentazione di rito (dichiarazioni pertinenti ai requisiti di ordine generale e speciale, attestazione SOA, certificazioni di qualità, ecc.) per dimostrare il

possesso dei requisiti di ammissione alla gara di appalto previsti dal Codice dei contratti pubblici, affinché la stazione appaltante possa verificare la regolarità della qualificazione e dell'idoneità del subappaltatore a eseguire i lavori, servizi e forniture oggetto di "subappalto necessario": ciò comporta che lo stesso subappaltatore debba acquisire il PASSOE presso l'ANAC (come per il concorrente) al fine di consentire alla stazione appaltante i controlli di legge che devono avvenire *ex-lege* esclusivamente tramite AVCPASS. Di conseguenza ne deriva per la stazione appaltante un aggravamento della gestione della gara di appalto (che addirittura si triplicherebbe se il legislatore rendesse obbligatoria per il concorrente la nomina di una terna di subappaltatori opzionali per ogni subappalto proposto in fase di gara), dovendo la commissione di gara (o l'organo monocratico) esaminare e verificare, oltre la documentazione resa dal concorrente, anche quella dei subappaltatori dallo stesso proposti per i subappalti necessari, che diventerebbero perfino tre per ogni subappalto qualora fosse confermata la norma prevista nella legge delega del Senato: si lascia immaginare, quindi, di quanto si appesantirebbe e complicherebbe il processo delle gare di appalto, con la conseguenza di un significativo allungamento dei tempi di gara e un maggiore rischio di contenziosi.

In tertius si evidenzia che essendo di fatto il "subappalto necessario", come concepito dalla recente giurisprudenza e dal legislatore della legge delega del Senato, una riproduzione del raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale (come già chiarito prima), si viene a costituire in fase di gara un vincolo precontrattuale tra appaltatore e subappaltatori – che nasce dall'impegno bilaterale espresso con l'offerta di gara di obbligarsi, per tutta la durata dell'appalto, a eseguire in subappalto le specifiche prestazioni in caso di aggiudicazione dell'appalto – dal quale, però, ne derivano una serie di problematiche pratiche, quali:

- l'impossibilità dell'operatore economico indicato come subappaltatore di poter partecipare alla gara di appalto singolarmente, o in altra forma raggruppata o consorziata, o come subappaltatore di altri concorrenti;
- in caso di aggiudicazione dell'appalto, l'appaltatore resta vincolato al subappaltatore indicato nell'offerta di gara per l'esecuzione delle relative prestazioni subaffidate, per tutta la durata dell'appalto e perciò anche se l'esecuzione delle stesse fosse programmata a distanza di tempo dall'avvio delle attività secondo il cronoprogramma contrattuale; ma se per cause diverse il contratto di subappalto non si formalizzi (per es. per defezione del subappaltatore, o perché questi non abbia più i requisiti generali e speciali per le prestazioni a farsi nel momento in cui si concretizzi il subappalto, o per altre ragioni sopravvenute), cosa accade? Al momento la norma codicistica e regolamentare non prevede nulla in merito; quindi, in mancanza di una disciplina specifica si deve procedere per analogia con altre norme compatibili? E se in corso d'opera l'appaltatore consegua la qualificazione per le prestazioni oggetto di subappalto, può eseguirle direttamente o è costretto a subappaltarle comunque al soggetto indicato nell'offerta di gara con il quale sussiste un vincolo preconstituito con l'impegno bilaterale presentato in fase di gara?
- è ammesso il subappalto frazionato per una stessa categoria di lavori o prestazione di servizi o forniture, perciò avvalendosi di più subappaltatori a cui subaffidare quote parte di attività?

Dunque, in conclusione, si ritiene che per fare ordine in materia di subappalto, le soluzioni alternative proponibili siano due:

- 1) o si vieta il subappalto per le categorie di lavori, servizi e forniture per le quali il concorrente non è direttamente qualificato, restando perciò ammesso il subappalto, nei limiti di legge, solo per le categorie per le quali il concorrente è qualificato. In tal caso il concorrente non in possesso della qualificazione per tutte le categorie di appalto non può partecipare alla gara in forma individuale (a meno che non faccia ricorso, nei limiti di legge, all'avvalimento per le qualificazioni non possedute) ma solo in forma plurisoggettiva (raggruppamento temporaneo, consorzio, aggregazione di imprese aderenti a contratto di rete, GEIE);
- 2) o non venga modificata la norma attualmente vigente che, nel rispetto del principio del *favor participationis*, consente la partecipazione alla gara di appalto per tutti i concorrente in possesso delle qualificazioni minime previste per legge (ovvero, per i lavori, la qualificazione per la categoria prevalente e per quelle scorporabili non subappaltabili, e, per i servizi e le forniture, la

qualificazione per la categoria principale e per quelle secondarie nella misura minima complessiva del 70%), lasciando all'autonomia decisionale e organizzativa dell'appaltatore la scelta del subappaltatore in corso d'opera (per le parti di lavori, servizi e forniture indicate nell'offerta di gara), ovvero al momento in cui ne sussiste la necessità, proponendolo alla stazione appaltante per la preventiva autorizzazione.

ALTRE PROBLEMATICHE CORRELATE ALL'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO

Analizzando l'istituto del subappalto, come disciplinato dalle norme del Codice dei contratti pubblici e del relativo Regolamento di attuazione, emerge che per un appalto di lavori pubblici è consentito all'appaltatore affidare in subappalto o a cottimo o con subcontratti (sempreché per i "subappalti" se ne sia riservata la facoltà nell'offerta di gara nei limiti e nelle forme di legge) gran parte dei lavori appaltati, sicché di fatto egli ne realizza una quota minoritaria. In sintesi il subaffidamento è ammesso per la seguente casistica:

1) ex art. 118 comma 2 del Codice e art. 170 comma 1 del Regolamento, subappalto di una quota massima del 30% dei lavori appartenenti alla categoria prevalente indicata nel bando di gara, fatta eccezione per gli appalti sotto soglia comunitaria di importo inferiore a 1.000.000 di euro affidati con procedura negoziata di cui al comma 7 dell'art. 122 del Codice, per i quali la quota subaffidabile a terzi, mediante subappalto o subcontratto, dei lavori appartenenti alla categoria prevalente si riduce al 20% dell'importo della stessa;

2) ex art. 118 comma 2 del Codice, subappalto di tutte le categorie, per intero o in quota parte, indicate come subappaltabili nel bando di gara (naturalmente se l'appaltatore non è in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti per legge per eseguire la categoria subappaltabile prevista nel bando di gara, deve necessariamente subappaltare l'intera categoria a un subappaltatore qualificato). Per i raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale è comunque ammesso per il mandatario subappaltare lavori fino al 30% della categoria prevalente, mentre per i mandanti è concesso subappaltare lavori fino al 30% delle rispettive categorie scorporabili loro attribuite. E' opportuno precisare che se al mandatario sono attribuite, oltre la categoria prevalente, anche una o più categorie scorporabili, il suo diritto di subappalto è comunque esercitabile per la quota del 30% della categoria prevalente e senza limiti per le altre categorie, mentre per il mandante assegnatario di più categorie scorporabili, si ritiene che il suo diritto di subappalto è circoscritto alla quota del 30% della categoria scorporabile di maggiore importo tra quelle a lui attribuite e senza limiti per le altre categorie: tanto perché i diritti dei raggruppati vanno comunque equiparati per par condicio a quelli dell'impresa singola, la quale per un appalto ha facoltà di subappaltare la quota massima del 30% per la categoria prevalente che è quella di maggiore importo e senza limiti per le altre categorie;

3) art. 170 comma 2 del Regolamento, subappalto della sola posa in opera, senza limiti di quantità e di importo e anche se non se ne sia riservata la facoltà nell'offerta di gara, di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107 comma 2 lett. *f, g, m, o e p* del Regolamento (ora, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12 comma 1 della legge 23.5.2014 n. 80, devono intendersi strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107 comma 2 lett. *f, m, o e p* del Regolamento);

4) ex art. 37 comma 11 del Codice, subappalto di una quota massima del 30% per ogni categoria scorporabile, questa di valore superiore al 15% dell'importo totale dell'appalto, afferente alle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, corrispondenti a strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107 comma 2 del Regolamento, come modificato dall'art. 12 comma 1 della legge 23.5.2014 n. 80;

5) ex art. 118 comma 11 del Codice, subaffidamento di prestazioni, che non rientrino nella fattispecie dei lavori in senso stretto ma in quella dei c.d. contratti similari (fornitura con posa in opera e noli a caldo), appartenenti a qualsiasi categoria indicata nel bando di gara, di importo, per ogni singolo sub-contratto, non maggiore del 2% dell'importo complessivo dell'appalto o comunque non maggiore di € 100.000 e con incidenza del costo di manodopera superiore al 50%

dell'importo del sub-contratto. Tali sub-contratti, contenuti nei limiti economici predetti, comunque non influiscono sulla quota subappaltabile del 30% della categoria prevalente di cui al punto 1), sulla quota subappaltabile del 30% delle rispettive categorie scorporabili a cui essi appartengono, assegnate ai raggruppati di cui al punto 2), e sulla quota subappaltabile del 30% delle rispettive categorie scorporabili a cui essi appartengono, di cui al punto 4);

6) ex art. 118 comma 11 del Codice, subaffidamento di prestazioni di qualsiasi importo (a prescindere dalla soglia del 2% dell'importo complessivo dell'appalto o di € 100.000), che non rientrino nella fattispecie dei lavori in senso stretto ma in quella dei c.d. contratti simili (fornitura con posa in opera e noli a caldo), appartenenti a qualsiasi categoria indicata nel bando di gara, per le quali l'incidenza del costo di manodopera non è superiore al 50% dell'importo del sub-contratto. Tali sub-contratti, contenuti nei limiti economici predetti, comunque non influiscono sulla quota subappaltabile del 30% della categoria prevalente di cui al punto 1), sulla quota subappaltabile del 30% delle rispettive categorie scorporabili a cui essi appartengono, assegnate ai raggruppati di cui al punto 2), e sulla quota subappaltabile del 30% delle rispettive categorie scorporabili a cui essi appartengono, di cui al punto 4);

7) ex art. 118 comma 12 del Codice, affidamento di specifiche attività a lavoratori autonomi (per es. prestazioni tecniche professionali);

8) ex art. 118 comma 12 del Codice, la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

9) ex art. 49 comma 10 del Codice, subappalto all'impresa ausiliaria, in presenza di un contratto di avvalimento, dei lavori contrattuali nei limiti dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi prestati all'impresa ausiliata, ma comunque non oltre i limiti prescritti dall'art. 118 di Codice.

Al subappaltatore, invece, è consentito subaffidare a contratto:

1) art. 170 comma 2 del Regolamento, la sola posa in opera, senza limiti di quantità e di importo, di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107 comma 2 lett. *f, g, m, o e p* del Regolamento (ora, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12 comma 1 della legge 23.5.2014 n. 80, devono intendersi strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107 comma 2 lett. *f, m, o e p* del Regolamento);

2) ex art. 118 comma 12 del Codice, specifiche attività a lavoratori autonomi (per es. prestazioni tecniche professionali);

3) ex art. 118 comma 12 del Codice, subfornitura a catalogo di prodotti informatici.

Al fornitore di impianti e di strutture speciali di cui all'art. 170 comma 2 del Regolamento è consentito subaffidare a imprese (perlopiù specializzate) di propria fiducia la posa in opera o il montaggio in loco dei predetti impianti e strutture, ex art. 118 comma 11 del Codice.

Pertanto, alla luce delle predette considerazioni è evidente che l'aggiudicatario di un appalto di lavori pubblici ha la possibilità, legittima (in quanto consentita dalla legge), di subappaltare buona parte dei lavori e prestazioni oggetto di appalto. A tal uopo è il caso di sottolineare che, a norma dell'art. 118 comma 4 del Codice, il prezzo del subappalto può essere ridotto fino al 20% del prezzo netto di appalto; su tale punto occorre fare una seria riflessione: ma se l'appaltatore si è aggiudicato l'appalto già a un ribasso a limite dell'anomalia (come avviene nella maggior parte dei casi), potendo subappaltare gran parte dei lavori con l'ulteriore ribasso del 20%, in concreto si verificherebbe che coloro che effettivamente realizzano la maggiore quota di appalto verrebbero pagati a un prezzo ridottissimo, mentre l'appaltatore, oltre a realizzare la propria quota minore di appalto a un prezzo maggiore, lucrerebbe anche sulla restante quota maggioritaria affidata in subappalto a un prezzo inferiore. La conseguenza inevitabile di tale infelice situazione è che la maggior parte dei lavori verrebbero realizzati a prezzi stracciati dai subappaltatori, e ciò non garantisce la buona esecuzione degli stessi, invece l'appaltatore aumenterebbe sostanzialmente il suo margine di utile speculando sui subappaltatori medesimi; inoltre, verrebbe a essere eluso anche il principio della regolarità economica dell'offerta di gara vincente, atteso che la verifica di anomalia dell'offerta, a norma degli artt. 86 e ss. del Codice, viene effettuata in relazione al ribasso offerto in gara che, come detto, non è l'effettivo ribasso a cui sono eseguiti i lavori in subappalto (che, come chiarito prima, possono costituire la quota maggiore dell'appalto e quindi, molto

probabilmente, gran parte dei lavori sarebbero eseguiti a un prezzo anomalo). Tutto ciò vanifica lo scopo precipuo della legge che è quello di garantire che i lavori vengano realizzati a un prezzo congruo per la loro regolare esecuzione nel rispetto delle norme della regola dell'arte e della sicurezza, nonché vanifica lo scopo di accorciare la filiera dell'appalto evitando l'eccessiva frammentazione dello stesso tramite più subcontratti (che potrebbero favorire infiltrazioni mafiose nel ciclo dell'appalto, o ridurre i margini di sicurezza nell'esecuzione dei lavori per risparmiare sui relativi costi, o influire negativamente sulla qualità dei materiali e dell'esecuzione dei lavori).

La soluzione alle suddette problematiche che compromettono la regolarità degli appalti, potrebbe essere di tipo legislativo, ponendo un tetto percentuale al subappalto che, come previsto dalla norma vigente per i contratti di servizi e di forniture, potrebbe essere del 30% dell'importo del contratto, ma con l'ulteriore limite del 30% per la categoria prevalente (per i lavori) o della prestazione principale (per i servizi e le forniture): in tal modo verrebbe a essere garantito che la quota maggiore dell'appalto sia effettivamente eseguita dall'aggiudicatario e solo una quota residuale possa essere subappaltata. Inoltre, per non eludere il principio della regolarità economica dell'offerta, la verifica dell'anomalia dell'offerta di cui agli artt. 86 e ss. del Codice deve essere estesa, al momento dell'autorizzazione del subappalto, anche in relazione al ribasso offerto dal subappaltatore che si somma a quello di aggiudicazione.

Unica certezza a oggi è che, alla luce delle problematiche innanzi evidenziate, l'attuale QUADRO LEGISLATIVO NON FUNZIONA: pertanto, è inutile recriminare o stupirsi quando si verificano gli scandali di "mafia capitale", degli appalti irregolari di EXPO e del MOSE, e così via, denunciando sui media che il "sistema appalti" non funziona, quando la stessa legge in materia, approvata da coloro che si innalzano a paladini della legalità, ha grosse falle.

L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA

E' opinione comunemente diffusa che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del d.lgs. 163/2006 sia in assoluto quello più conveniente per la stazione appaltante. Tuttavia è opportuno fare le giuste riflessioni del caso, analizzando le modalità applicative della norma nella pratica degli appalti pubblici, con i dovuti distinguo al fine di eludere distorsioni d'uso di tale criterio che spesso si manifestano nella prassi amministrativa.

La Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (che abroga la precedente direttiva 2004/18/CE), al paragrafo (89) dei considerato precisa che *«La nozione di criteri di aggiudicazione è fondamentale per la presente direttiva. È pertanto importante che le disposizioni pertinenti siano presentate nel modo più semplice ed efficace possibile. Ciò può essere ottenuto mediante il ricorso al termine «offerta economicamente più vantaggiosa» in quanto concetto prioritario, dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte. Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo». Di conseguenza, dovrebbe essere interpretato conformemente alla giurisprudenza relativa a tali direttive, salvo in presenza di soluzioni chiaramente diverse nella sostanza nella presente direttiva».*

Il paragrafo (90) aggiunge che *«... Occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia. È inoltre opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto.*

Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato.

... Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di derogare all'obbligo di indicare la ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente giustificati, che devono essere in grado di motivare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare i criteri in ordine decrescente d'importanza».

Il paragrafo (92) prevede che «*Nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto che applicheranno a tal fine. Tali criteri dovrebbero pertanto permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto quale definito nelle specifiche tecniche. Nel contesto del miglior rapporto qualità/prezzo, è riportato nella presente direttiva un elenco non esaustivo di possibili criteri di aggiudicazione comprendenti aspetti ambientali e sociali. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità. I criteri di aggiudicazione prescelti non dovrebbero conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta e dovrebbero garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e leale ed essere accompagnati da disposizioni che consentano l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti.*

Al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi. I criteri qualitativi dovrebbero pertanto essere accompagnati da un criterio basato sui costi che potrebbe, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, basarsi sul prezzo o su un approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita. Tuttavia, i criteri di aggiudicazione non dovrebbero influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali che determinano la remunerazione di taluni servizi o che impongono un prezzo fisso per determinate forniture (cfr. paragrafo 93)».

L'art. 67 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto – della Direttiva europea novella che «***1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa.***

2. L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione. Tra tali criteri possono rientrare ad esempio:

a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni;

b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;

c) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna quali data di consegna, processo di consegna e termine di consegna o di esecuzione.

L'elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare

solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

3. I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi **all'oggetto dell'appalto pubblico** ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti:

a) nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi; o

b) in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita,

anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

4. I criteri di aggiudicazione **non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte.** In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti.

5. L'amministrazione aggiudicatrice precisa nei documenti di gara la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, tranne i casi in cui questa sia individuata unicamente in base al prezzo.

Tale ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato.

Se la ponderazione non è possibile per ragioni obiettive, l'amministrazione aggiudicatrice indica i criteri in ordine decrescente di importanza».

E' il caso di segnalare che la Direttiva comunitaria al paragrafo (48) del considerando prevede che «In considerazione dell'importanza dell'innovazione, **occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile.** Occorre pertanto attirare l'attenzione di tali autorità sulla necessità di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare prima di indicare che possono essere presentate varianti». Naturalmente tale disposizione è finalizzata a incentivare le varianti proposte dai concorrenti in fase di gara rispetto al progetto posto a base di appalto, proponendo soluzioni innovative basate su nuove tecnologie all'avanguardia. In proposito l'art. 45 – Varianti – della Direttiva europea recita che «1. **Le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare o esigere la presentazione da parte degli offerenti di varianti.** Esse indicano nel bando di gara o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti o meno; In mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate e sono collegate all'oggetto dell'appalto.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara **i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante.** Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti.

3. Solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione.

Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi». Appare naturale assimilare la variante correlata all'offerta di gara alla c.d. "miglioria di offerta" comunemente adottata nella prassi degli appalti pubblici aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

del 18 febbraio 2015, e approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta dell'19 febbraio 2015, nell'esaminare la predetta direttiva comunitaria segnala che *«La Direttiva 24 conferma la possibilità di utilizzare esclusivamente il criterio di aggiudicazione e del miglior rapporto qualità/prezzo che corrisponde al criterio oggi denominato offerta economicamente più vantaggiosa»*.

*Resta la possibilità di chiarire, precisare e perfezionare le offerte finali, sempre che l'amministrazione aggiudicatrice ne faccia richiesta. Tuttavia, in un'ottica di maggior tutela dei principi di concorrenza e non discriminazione, la Direttiva 24 si preoccupa di esplicitare con maggior dettaglio cosa con tali azioni non può essere modificato: **gli "elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto" diventano "gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara o nel documento descrittivo"»**.*

Circa le varianti in fase di gara proposte dal concorrente (equiparabili, come detto prima, alla c.d. "miglioria di offerta"), il Documento commenta che *«Nella direttiva 2014/24/UE, già dalla lettura del considerando 48, si evince la volontà di accrescere l'uso delle varianti in quanto ritenute uno strumento privilegiato per favorire l'innovazione. Per questo motivo l'indirizzo che viene dato va nel senso di incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti "quanto più spesso possibile"»*.

Per rendere concreto questo indirizzo, l'articolo 45 non lega più le varianti al criterio di aggiudicazione che la precedente direttiva 18 definiva "dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (e che in questa non costituisce più criterio di aggiudicazione, come vedremo nel proseguo), anzi ne rafforza e allarga ulteriormente l'ambito di applicazione. Infatti, non solo conferma la possibilità di presentarle, ma aggiunge la previsione in base alla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esigerle.

Il legislatore comunitario, considerata la delicatezza dell'istituto per le possibili violazioni ai principi fondanti la materia in caso di una sua cattiva applicazione, comunque, si è preoccupato di delimitarne l'applicabilità.

Il paragrafo 1, nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici autorizzassero o richiedessero la presentazione (obbligatoria) di varianti, prevede l'obbligo di esplicitarlo nel bando o nell'invito a confermare interesse. In mancanza di tale indicazione le varianti non sono autorizzate. La norma precisa altresì che le varianti devono essere sempre collegate all'oggetto dell'appalto.

I documenti di gara, dispone il paragrafo 2, devono contenere anche i requisiti minimi che le varianti devono rispettare nonché ogni requisito specifico per la loro presentazione. In particolare i requisiti di presentazione devono espressamente dire se le varianti possano essere presentate se (e solo se) è stata presentata contestualmente anche un'offerta non comprensiva di varianti o, viceversa, se possono essere presentate anche indipendentemente dal verificarsi di tale condizione.

Dalla stesura di questo paragrafo si legge l'attenzione del legislatore comunitario per il problema (non voluto) dell'esercizio di un'eccessiva discrezionalità che potrebbe derivare da una presentazione incondizionata di varianti, che potenzialmente potrebbe portare ad una modifica radicale dell'oggetto dell'appalto. Infatti, la preoccupazione che emerge è quella di mettere al riparo le amministrazioni dalla possibilità, comunque ammessa se scelta consapevolmente, di ricevere solo "soluzioni" (per soddisfare l'esigenza connessa all'oggetto dell'appalto) che costituiscono varianti, slegate quindi dalle soluzioni tecniche "come da capitolato" dell'offerta principale. Appare chiaro che l'adozione di questa scelta aumenterebbe considerevolmente il rischio, citato in precedenza, di dover valutare "soluzioni" che potrebbero snaturare l'oggetto dell'appalto.

Le amministrazioni aggiudicatrici devono poi garantire che i criteri di aggiudicazione dell'appalto siano applicabili ugualmente per ogni tipologia di offerta (nel senso ampio del termine), quindi: sia nel caso in cui debbano essere applicati alle varianti che superano il vaglio dettato dai requisiti minimi previsti, che nel caso in cui debbano essere applicati alle offerte (in senso stretto ovvero non comprensive di varianti) che superano il vaglio di regolarità. ...

Opportunità

Dalla lettura del considerando, il legislatore sollecita l'uso delle varianti come chiave di accesso per l'individuazione di possibili soluzioni innovative di cui l'amministrazione aggiudicatrice

potrebbe non avere contezza. L'innovazione in questo caso costituisce chiaramente una spinta verso un costante miglioramento delle commesse pubbliche».

Nell'analisi del testo dell'art. 67 della Direttiva europea, che afferisce ai criteri di aggiudicazione dell'appalto, il Documento rileva che «La prima novità introdotta dall'art. 67 della direttiva 24/2014, attiene al diverso utilizzo del termine "Offerta economicamente più vantaggiosa" il quale non indica più un criterio di valutazione delle offerte ma un concetto generale, ovvero che l'amministrazione deve scegliere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte.

Nell'attuale quadro normativo, discendente dall'articolo 53 della direttiva 18/2004, il termine "offerta economicamente più vantaggiosa" indica, invece, un criterio di valutazione delle offerte, alternativo al criterio del prezzo più basso. Tale criterio, in alcuni contesti, veniva confuso con il criterio del prezzo più basso, in quanto alle parole economicamente più vantaggiosa si attribuiva un significato puramente economico.

Il nuovo significato attribuito a tale termine risponde quindi all'esigenza di affermare che l'amministrazione nel valutare le offerte deve scegliere quella che è la migliore soluzione anche dal punto di vista economico.

... L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere quindi individuata sulla base:

- prezzo più basso o del costo più basso, con un approccio nuovo che valuta l'intero costo in termini di costo/efficacia dell'acquisizione per l'amministrazione
- miglior rapporto qualità/prezzo che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. In tal caso l'offerta è valutata sulla base di criteri qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

Con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo si indica quindi quello che attualmente è il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. ...

Opportunità

La nuova direttiva risolve la problematica sulla valutazione dell'esperienza del personale coinvolto nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali soprattutto per gli affidamenti di servizi nei quali l'esperienza e la capacità dello stesso incide direttamente sul livello di qualità delle prestazioni. Ciò non esclude l'applicazione di tale previsione anche per gli appalti di lavori laddove, in relazione ai lavori da svolgere, l'esperienza del personale può costituire un elemento di differenziazione per l'esecuzione dell'opera. **Per sfruttare bene questa opportunità bisogna però partire dalla considerazione che questa possibilità può essere utilizzata solo in presenza di prestazioni intellettuali o specialistiche per le quali la formazione e l'esperienza del personale riveste un ruolo importante e non in tutte le tipologie di appalti di servizi o lavori anche in considerazione del vincolo che si viene a costituire per l'impresa sull'utilizzazione di quel personale e sua sostituibilità solo previo consenso dell'amministrazione.** Tale previsione, quindi, per essere ben utilizzata richiede la definizione nella documentazione di gara e nel contratto di clausole o modalità di controllo che assicurino che il personale promesso ed offerto sia effettivamente impiegato nell'esecuzione, altrimenti la valutazione dell'esperienza del personale non si tradurrà in un vantaggio per le amministrazioni nella fase di valutazione delle offerte e rischia di falsare la concorrenza fra le imprese.

La Direttiva introduce poi, attraverso l'attenzione ai criteri ambientali e sociali, la possibilità di utilizzare in senso ampio i criteri di valutazione andando a valutare elementi collegati alla prestazione. Tale possibilità richiede un approccio più attento alla definizione dei criteri di valutazione per poter sfruttare al meglio il valore aggiunto degli stessi.

La definizione del criterio per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa diventa quindi un momento fondamentale per l'amministrazione e la scelta deve trovare i suoi fondamenti nel progetto della fornitura, del servizio o dell'opera in quanto i criteri di aggiudicazione devono essere strettamente collegati con le caratteristiche del progetto messo a gara e tradursi poi in vincoli contrattuali nella fase di esecuzione del contratto.

Criticità

La previsione all'interno dell'art. 67 per gli stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa richiede una

attenta valutazione in fase di recepimento da parte del legislatore nazionale.

Attualmente il nostro legislatore ha previsto all'interno del regolamento di attuazione al D.Lgs 163/2006 per alcuni settori (appalti attinenti a servizi di progettazione, pulizie e buoni pasto) l'utilizzo in via prioritaria del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non escludendo tuttavia del tutto il criterio del prezzo più basso ad esempio con la circolare Ministero delle Infrastrutture n. 4536 del 30 ottobre 2012 è stato previsto la possibilità di utilizzare solo il prezzo per gli affidamenti di servizi di progettazione di importo non superiore a 100.000 euro.

La disposizione apre per il nostro stato la possibilità di escludere l'utilizzo del prezzo o del costo come unico criterio di aggiudicazione o di limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni o a determinati tipi di appalto. Dall'esame della disposizione emergono quattro possibilità:

- escludere totalmente l'aggiudicazione sulla base del solo prezzo o costo e quindi prevedere sempre l'aggiudicazione sulla base di parametri qualità/prezzo;*
- consentire solo ad alcune amministrazioni di poter utilizzare per l'aggiudicazione anche solo il prezzo o il costo;*
- escludere solo per alcune tipologie di appalto l'aggiudicazione sulla base del solo prezzo o costo;*
- non usufruire di tale facoltà e lasciare alle amministrazioni la possibilità e la scelta di poter aggiudicare valutando solo il prezzo o qualità e prezzo.*

Il recepimento di questa disposizione implica valutazioni complesse da effettuarsi in relazione:

- all'ampia casistica dei beni oggetto di acquisto da parte delle amministrazioni che in alcuni casi non si prestano ad aggiudicazioni su parametri qualità/prezzo ;*
- sulla maggiore complessità dell'aggiudicazione nel caso di valutazione di fattori di qualità e prezzo che in presenza di importi modesti rischia di appesantire l'attività delle amministrazioni ed essere disincentivante anche per la partecipazione delle imprese.*

Anche la possibilità di limitare tale possibilità per alcune amministrazioni richiede una valutazione attenta in quanto se la limitazione avviene verso le piccole amministrazioni si rischia di bloccare la loro attività in quanto le stesse si potrebbero trovare in difficoltà ad utilizzare sempre il criterio qualità/prezzo.

L'esclusione del criterio del solo prezzo comporta poi, in presenza di un mercato che attualmente è orientato al prezzo più basso, un impatto sulle amministrazioni e sulle imprese che devono utilizzare nuove modalità di approccio per la definizione e gestione dell'aggiudicazione sulla base di parametri prezzo/qualità e quindi un necessario accompagnamento delle stesse verso il cambiamento.

La preferenza accordata dalla direttiva verso la valutazione delle offerte in termini di criteri qualità/prezzo richiama l'importanza della fase di progettazione da parte delle amministrazioni perché è in tale fase che occorre individuare, unitamente al progettista, gli elementi da valutare per pervenire all'aggiudicazione, tradurre gli stessi nella documentazione di gara e nel contratto con l'obiettivo di definire criteri di valutazione che siano :

- connessi con l'oggetto dell'appalto;*
- portino alla formulazione di offerte tecniche nelle quali siano chiaramente individuabili le prestazioni offerte oggetto di valutazione per il successivo inserimento delle stesse nei contratti ai fini dell'esecuzione.*

Nei contratti, relativamente alle prestazioni offerte e valutate e per le caratteristiche delle quali il concorrente ha conseguito l'aggiudicazione, dovranno essere previste ipotesi di penali o di risoluzione, nei casi più gravi, laddove in fase di esecuzione si riscontri un adempimento delle prestazioni diverso da quanto offerto.

MPMI

*L'applicazione del criterio qualità/prezzo può costituire per le imprese, nel medio/lungo periodo, un'opportunità per far emergere le loro capacità o assicurare una maggiore concorrenza, ma, **nell'immediato, richiede maggiori oneri per la formulazione delle offerte tecniche**».*

2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, prevede all'art. 1 comma 1 che il decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che il Governo è delegato ad adottare debba tener conto dei principi qui elencati tra cui quelli novellati alla lettera aa) che dispone l'«*utilizzo, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, misurata sul «miglior rapporto qualità/prezzo»**, regolando espressamente i casi e le soglie di importo entro le quali è consentito il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, nonché determinazione delle modalità più agevoli di individuazione ed esclusione delle offerte anomale, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria*».

Considerazioni

Alla luce della nuova normativa comunitaria, con il termine “offerta economicamente più vantaggiosa” si intende:

- a) sia il prezzo più basso o il costo più basso, che sostituisce l'attuale criterio del prezzo più basso ex art. 82 del d.lgs. 163/2006 ed è valutato in termini di costo/efficacia dei lavori, servizi e forniture da acquisire a cura della stazione appaltante (come chiarito prima dalle disposizioni normative e interpretative innanzi riportate);
- b) sia l'offerta economicamente più vantaggiosa come sinora considerata a norma dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006, valutata in ragione del miglior rapporto qualità/prezzo determinato sulla base di criteri qualitativi e quantitativi connessi all'oggetto dell'appalto.

La norma comunitaria e la legge delega del Senato per la riforma del Codice degli appalti impone per le procedure di gara la prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa commisurata al miglior rapporto qualità/prezzo, relegando il criterio del prezzo più basso a casi minori e specifici.

E' opportuno fare una riflessione circa la corretta applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di miglior rapporto qualità/prezzo. La normativa attualmente vigente di cui all'art. 83 e ss. del d.lgs. 163/2006 e all'art. 120 e ss. del d.p.r. 207/2010, nonché la normativa comunitaria di cui alla Direttiva 2014/24/UE, prevedono a titolo esemplificativo un'elencazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. Tra detti criteri annoverati dalla norma non compare quello della c.d. “miglioria di offerta” comunemente adottata nella prassi degli appalti pubblici aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consiste nella proposizione da parte del concorrente, a sua cura e spese, di migliorie per l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture oggetto di appalto, attraverso per esempio soluzioni progettuali migliorative o integrazioni tecniche innovative, ecc. Come già detto prima in merito all'art. 45 della Direttiva 2014/24/UE, la fattispecie della migliorie di offerta è assimilabile alla variante correlata all'offerta di gara. A ogni modo, premesso che se il bando di gara si attiene ai soli criteri di valutazione previsti dalla normativa vigente non si verificano problemi di scelta dell'offerta effettivamente migliore per la stazione appaltante, viceversa il ricorrente inserimento nel bando di gara tra gli elementi di valutazione di natura qualitativa della c.d. “miglioria di offerta” pone una serie di problematiche di seguito elencate di cui se ne propongono anche possibili soluzioni pratiche e logiche.

Innanzitutto nel bando di gara è indispensabile definire in modo certo e chiaro l'ambito delle attività per le quali è ammessa la migliorie di offerta, eventualmente ponendo dei paletti ben precisi per evitare che le migliorie proposte alterino l'oggetto dell'appalto, nonché affinché in sede di gara si possa fare un confronto competitivo omogeneo, e non aleatorio, tra le proposte presentate dai concorrenti. La definizione dell'ambito di attività oggetto di migliorie deve essere ben ponderata

dalla stazione appaltante allo scopo di non determinare uno squilibrio sinallagmatico tra le parti contraenti favorendo eccessivamente il committente a discapito del concorrente, al punto tale da incorrere in una probabile clausola vessatoria.

La miglioria di offerta deve essere dettagliata ed esplicita, senza lasciare spazio a interpretazioni ambigue e/o contraddittorie. Pertanto il bando deve prevedere che il concorrente presenti con la domanda di gara un'adeguata documentazione descrittiva, quantitativa ed estimativa della miglioria di offerta proposta come, a titolo esemplificativo, i seguenti elaborati: *per l'offerta tecnica* – relazione tecnico-economica delle proposte migliorative che illustri l'abbattimento dei costi energetici, manutentivi e gestionali; elenco dei materiali, dei componenti, delle apparecchiature e delle lavorazioni riguardanti le soluzioni migliorative e le integrazioni tecniche proposte che risultano aggiunti a quelli previsti in progetto o che sostituiscono alcuni di quelli previsti in progetto (l'elenco, corredato dalle relative specifiche tecniche, non deve indicare i prezzi in quanto questi devono essere esclusivamente specificati nell'offerta economica); descrizione e specificazione delle eventuali proposte di miglioramento delle misure di sicurezza; computo metrico (contenente solo misure e quantità ma esclusi prezzi e importi) dei lavori, servizi e forniture oggetto della proposta migliorativa; cronoprogramma; piano di manutenzione; *per l'offerta economica* – computo metrico estimativo (contenente quantità, prezzi e importi) ed elenco prezzi dei lavori, servizi e forniture oggetto della proposta migliorativa; analisi dei prezzi, aggiornate alla data dell'offerta, per quelle voci previste nell'elenco prezzi ma non desunte dal prezzario ufficiale vigente nel luogo delle prestazioni; stima dei costi di sicurezza aziendali c.d. interni ai prezzi (da indicare obbligatoriamente a norma dell'art. 87 comma 4 d.lgs. 163/2006) e di quelli aggiuntivi c.d. esterni relativi ai rischi di interferenze sul luogo di lavoro ove ne ricorrano i presupposti di legge (ovvero in presenza di PSC e POS per i lavori e di DVRI per i servizi e le forniture). I predetti elaborati relativi alla componente economica della miglioria di offerta sono indispensabili per le verifiche di cui agli artt. 86 e ss. del d.lgs. 163/2006 qualora l'offerta di gara risultasse essere anormalmente bassa; ma anche se l'offerta aggiudicataria non fosse anomala in base ai criteri di cui al citato art. 86, la verifica di congruità economica dell'offerta completa della relativa miglioria può essere comunque effettuata, avvalendosi del dispositivo del citato art. 86 comma 3, al fine di accertare la regolarità dell'offerta nel suo complesso in ordine alla fattibilità della prestazione per il prezzo offerto nel rispetto delle buone regole dell'arte. Pertanto, l'aggiudicatario dell'appalto deve dimostrare adeguatamente la congruità della propria offerta attraverso appropriate giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo offerto, nonché relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta vincente, in linea con i contenuti dell'art. 87 e procedendo ai sensi dell'art. 88 del d.lgs. 163/2006.

Con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa commisurata al miglior rapporto qualità/prezzo, qualora il bando preveda tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica la c.d. "miglioria di offerta", per la quale normalmente è assegnato un punteggio ben maggiore rispetto a all'elemento di valutazione dell'offerta economica, il concorrente di fatto non ha interesse a offrire un ribasso economico alto, per il quale come detto viene assegnato un punteggio basso, oltre al fatto che un ribasso eccessivo implicherebbe il rischio di superare la soglia di anomalia per il punteggio dell'offerta economica alla quale se si assocerebbe anche il superamento della soglia di anomalia per il punteggio dell'offerta tecnica, ne conseguirebbe l'automatica anomalia dell'offerta di gara che perciò sarebbe sottoposta alle verifiche di legge. Viceversa, il concorrente ha interesse a investire lo sconto economico, che ha intenzione di proporre, in opere, prestazioni o forniture di miglioria aggiuntive o sostitutive a quelle in appalto, sicché da riservarsi per l'elemento di valutazione tecnica relativo alla "miglioria di offerta" la probabilità di ottenere un punteggio maggiore rispetto a quello economico. Di conseguenza si va a falsare il punteggio complessivo dell'offerta di gara nelle sue componenti tecnica ed economica in quanto il punteggio tecnico, che incide in modo prevalente sul totale dei punti da assegnare in gara, verrebbe a essere artificiosamente aumentato a discapito del punteggio economico, che invece incide in misura minore sulla valutazione complessiva dell'offerta. Al fine di contenere tale distorsione d'uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di miglior rapporto qualità/prezzo, si rende necessaria la verifica di congruità economica dell'offerta vincente, come prima chiarito e sintetizzato nel seguente schema grafico.

Importo a base d'asta	Ribasso d'asta	Prezzo netto offerto	Componenti economiche del prezzo netto offerto soggetti a verifica di congruità	
€ 100,00	10,00%	€ 90,00	lavori, servizi e forniture di progetto non oggetto di miglioria	€ 60,00
			lavori, servizi e forniture di progetto oggetto di miglioria qualitativa e perciò senza incremento quantitativo	€ 20,00
			lavori, servizi e forniture extra-progetto oggetto di miglioria quantitativa e perciò suppletivi al progetto	€ 10,00
			Totale	€ 90,00

Quindi, la verifica di congruità economica dell'offerta va effettuata per tutte le sue componenti di prezzo e perciò comprese le migliorie proposte dal concorrente. Se detta verifica fosse fatta solo per i lavori, servizi e forniture progettuali, senza tener conto delle migliorie qualitative e quantitative (queste ultime afferenti a lavori, servizi e forniture extra-progetto), si favorirebbe inevitabilmente la strategia artificiosa innanzi segnalata.