

**Direzione  
Legislazione  
Opere Pubbliche**

**Principali novità  
normative e  
giurisprudenziali**

**Dal 30 ottobre al 3  
novembre**

## Provvedimenti e Atti Normativi

### **ANAC: illegittimi i criteri di valutazione dell'offerta tecnica che attengono ai requisiti soggettivi del concorrente**

L'Autorità, con atto del Presidente del 26 luglio 2023 n. 1332, è tornata a pronunciarsi sul **divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi** dell'impresa concorrente.

In via preliminare, l'ANAC osserva che ACEA S.p.A., in quanto impresa pubblica, assumendo la qualità di ente aggiudicatore, ai sensi dell'art. 1 del D.lgs. 50/2016 – applicabile *ratione temporis* – ed essendo il relativo accordo quadro preordinato al perseguimento di una delle attività di cui ai settori “speciali” (vedi artt. da 115 a 121 del d. lgs. 50/2016), è **dunque assoggettata all'obbligatorietà del ricorso a procedure ad evidenza pubblica** per la selezione del contraente.

Ciò premesso, l'Autorità contesta anzitutto la legittimità del criterio di valutazione delle offerte tecniche “*K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici*”, per il quale il disciplinare ha previsto un punteggio massimo di 8 punti attribuiti in virtù dell'importo complessivo dei lavori specialistici eseguiti relativi a “*manutenzione, ordinaria e straordinaria, delle reti idriche e/o fognarie*” eseguiti con buon esito nel triennio 2020-2022 per conto di aziende di gestione del sistema idrico integrato”.

Tale criterio si pone infatti in **conflitto con l'art. 30 del d.lgs. 50/2016**, con la Direttiva 2014/25 UE del 26 febbraio 2014, nonché con le norme del Trattato UE a tutela della concorrenza, in quanto “**non sembra garantire l'apertura del mercato alla concorrenza, atteso che restringe la valutazione dei progressi lavori specialistici soltanto ai lavori di manutenzione effettuati “per conto di aziende di gestione del sistema idrico integrato” e non per conto di altri soggetti committenti, con il ragionevole rischio di limitare la possibilità di concorrere alle sole imprese che già stanno eseguendo lavori di manutenzione per ACEA**”.

Pertanto, la previsione di tale requisito “**appare irragionevole e non rispettosa del principio di libera concorrenza, perché restrittiva della partecipazione nel duplice senso, oggettivo (come astratta possibilità di contendersi il mercato in posizione di parità) e soggettivo (per la creazione di posizione di ingiustificato favore di una ristretta rosa di concorrenti, unici in grado di conseguire il massimo punteggio attribuibile in relazione ai criteri contestati)**”.

Inoltre, continua l'ANAC, sia il citato criterio K7 sia i criteri “*K8 Rating di sostenibilità (Ecovadis)*” e “*K9 Possesso alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, della certificazione ISO 14064-1a (Gas Serra), con l'impegno di mantenerla per tutta la durata contrattuale*” **non sono in linea con la disciplina di cui all'art. 95, comma 6 del d.lgs. 50/2016** – applicabile *ratione temporis*.

I criteri *de quibus non* sono infatti idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte ed a differenziarle a seconda della rispondenza o meno all'interesse pubblico di ACEA S.p.A., trattandosi di *“requisiti meramente soggettivi dell'impresa partecipante”*.

Tantomeno, nel caso di specie, l'utilizzo di tali criteri è legittimato ai sensi dell'art. 95, comma 6, lettera e) del D.lgs. 50/2016 – applicabile *ratione temporis* – dal momento che, come rammenta l'Autorità stessa, l'introduzione di criteri relativi all' *“organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto”* è soggetta al verificarsi di **due condizioni**: che il criterio esperienziale getti luce sulla qualità dell'offerta e che il punteggio assegnato non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

Tale aspetto è stato precisato anche dalle Linee Guida n. 2, secondo cui *“nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. [...] Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente”*.

Parimenti, il Consiglio di Stato ha chiarito che *“la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la possibilità di applicare in modo attenuata il tendenziale divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, alla duplice condizione a) che taluni aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente ‘illuminare’ la qualità della offerta e b) che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo”* (Cons. Stato sez. V, 22 ottobre 2018 n. 6026).

Secondo l'ANAC, dette due condizioni **non sembrerebbero sussistere** nel caso in esame.

Infatti, i tre criteri in questione, da un lato *“non illuminano la qualità dell'offerta”*; dall'altro avrebbero un punteggio che *“pare incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo”*, essendo questi pari **al 33% del punteggio tecnico attribuibile all'offerta**.

Stabilire nel disciplinare l'attribuzione di un punteggio massimo complessivo pari a 23 punti su 70 ai suddetti tre criteri, secondo l'Autorità, *“significa incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo in contrasto, oltre che con il divieto di commistione tra i requisiti soggettivi dell'operatore economico e le caratteristiche oggettive della offerta, anche con quanto previsto dalle Linee guida n. 2 che limitano il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva a non più di 10 punti sul*

*totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente".*

La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto adottare quantomeno un'adeguata e puntuale motivazione delle ragioni della diversa scelta amministrativa operata, anche ai fini della trasparenza, "*circostanza questa non verificatasi nella specie*".

I rilievi sopra evidenziati confermano **quanto da sempre sostenuto dall'ANCE** sia, in generale, con riferimento al divieto di inserimento di requisiti di qualificazione dell'offerente, all'interno degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica e sia, nel particolare, riguardo alla specifica previsione, tra questi, del criterio dei "*lavori analoghi*" a quelli oggetto della procedura di gara.

Nel sistema degli appalti di lavori pubblici, infatti, il **possesso dei requisiti speciali necessari per la partecipazione viene dimostrato**, per appalti di importo superiore a 150.000 euro e fino a venti milioni di euro, **obbligatoriamente e unicamente attraverso l'attestazione SOA**, annovera anche l'esecuzione dei lavori analoghi a quelli realizzati nelle categorie oggetto dell'attestato.

L'idoneità della pregressa esperienza dell'operatore a partecipare allo specifico appalto viene quindi **valutata e accerta al momento del rilascio dell'attestazione**, da parte della SOA. Pertanto, **non può essere nuovamente richiesta in fase di gara** e assurgere a criterio di attribuzione del punteggio dell'offerta, pena una duplice ed indebita valutazione di analoghi elementi soggettivo/strutturali dell'impresa.

Ciò, in linea con l'*acquis comunitario*.

Infatti, la giurisprudenza della **Corte di Giustizia** ha, in più occasioni, operato una netta separazione tra **la fase di selezione dell'offerente**, da effettuarsi tramite criteri di idoneità o requisiti di partecipazione, e **la fase di selezione della migliore offerta**, da individuare tramite i criteri di aggiudicazione (cfr. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C.532/06; 19 giugno 2003, C-315/01).

Inoltre, la Commissione Europea ha qualificato come "*bad practice*" la **commistione dei criteri di selezione dei candidati** con criteri di attribuzione del punteggio che si concreti, ad esempio, nella valutazione della pregressa esperienza in lavori analoghi.

Tali principi hanno trovato poi ampia condivisione a livello nazionale, come confermato da un consolidato orientamento giurisprudenziale e dalle numerose pronunce sul tema della stessa Autorità (tra le altre, vedi delibera n. 70 del 24 gennaio 2018).

Al riguardo, per completezza, si evidenzia che il Codice 36/2023, entrato in vigore lo scorso 1° aprile, non ha riproposto, ai fini dell'elencazione esemplificativa dei criteri dell'OEPV, contenuta all'articolo 108, quello relativo all'organizzazione, alle qualifiche e



all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, oggetto della pronuncia in esame.

Infine, va rilevato che la menzionata Autorità ha censurato la *lex specialis* in esame anche sotto il profilo della suddivisione in lotti, avendo questa previsto **“tre maxilotti di 15 milioni di euro ciascuno”**.

L'ANAC ha ritenuto che *“trattandosi di una facoltà discrezionale della stazione appaltante, avrebbe dovuto essere motivata negli atti di gara, in relazione alla adeguatezza del valore del lotto rispetto alla garanzia dell'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese, in conformità con l'art. 51 del d.lgs. 50/2016”*.

Affinché infatti possa essere ammessa la deroga al principio generale di suddivisione dell'appalto in lotti coerenti alle dimensioni delle PMI, ricorda l'Autorità, questa **“deve essere adeguatamente motivata in relazione al caso concreto; e tali motivazioni siano caratterizzate da ragionevolezza e proporzionalità, rispetto all'interesse pubblico perseguito. In tal senso, non si ritiene comunque adeguata una motivazione riferita in via esclusiva o prevalente alla finalità di ottenere dalla gara stessa il miglior risultato quanto a riduzione della spesa o massimizzazione dell'efficienza, finalità che alla luce dell'art. 51 appare recessiva rispetto a quella di tutela della partecipazione delle imprese di minor dimensione”**.

Pertanto, nel caso in esame, la suddivisione in tre lotti operata dalla Stazione appaltante, attesa la mancata motivazione circa l'adeguatezza del valore del lotto rispetto alla garanzia dell'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese, *“pare non in linea con l'art. 51 del d.lgs. 50/2016”*.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANACE [quiv](#).

### Focus Giurisprudenza

#### Nuovo codice appalti: i vincoli alla suddivisione in lotti

*“Nella suddivisione in lotti, la stazione appaltante deve motivare adeguatamente l'apposizione di un eventuale limite numerico ai lotti aggiudicabili, considerando le specifiche caratteristiche della gara e l'obiettivo di promuovere la concorrenza e l'efficienza nel settore degli appalti pubblici”*.

È quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, il 1° settembre 2023, nella sentenza numero 8127, in relazione a una gara di servizi suddivisa in più lotti. Nella decisione, il Consiglio di Stato ha per la prima volta affrontato incidentalmente l'istituto come rivisto dall'articolo 58, comma 4, del nuovo codice dei contratti, d.lgs. 36 del 2023, che prevede

la possibilità per i concorrenti di presentare un'offerta o di essere aggiudicatari per un numero massimo di lotti.

### 1. La suddivisione in lotti nel nuovo Codice

La suddivisione in lotti è un modello generale di organizzazione degli appalti pubblici, previsto dalle leggi italiane ed europee. Questo approccio mira a impedire l'accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto e altresì di favorire la partecipazione agli appalti pubblici.

A tale proposito, il Codice 36 del 2023 specifica che gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni e il loro valore adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese (art. 58, commi 1 e 2).

Pertanto, qualora la stazione appaltante, a fronte di un importo elevato di gara, decida di non suddividere l'appalto in più lotti, deve – nel bando o nell'avviso di indizione della gara – fornire una motivazione della mancata suddivisione, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese (comma 2).

Dove la suddivisione in lotti è applicata, la stazione appaltante deve, nei documenti di gara, specificare i criteri di suddivisione, sia qualitativi che quantitativi, basati sui parametri precedentemente menzionati (comma 3). Inoltre, deve indicare chiaramente il criterio di selezione non discriminatorio dei lotti da assegnare al concorrente che ha ottenuto una quantità di lotti superiore al limite stabilito (comma 4).

Sotto quest'ultimo profilo, una delle novità più significative è l'introduzione delle "offerte sulle associazioni di lotti", che consente alla stazione appaltante di suddividere la procedura in lotti, da aggiudicare in gruppi di lotti associati. Questo meccanismo, noto anche come "asta combinatoria", è finalizzato a ottenere, soprattutto nelle forniture, migliori rapporti qualità-prezzo per la stazione appaltante (comma 5).

### 2. Il vincolo di aggiudicazione nel nuovo Codice 36 del 2023.

La sentenza n. 8127/23 del Consiglio di Stato mette in evidenza alcune importanti novità introdotte dall'articolo 58 del nuovo Codice dei contratti pubblici rispetto alla versione precedente art. 51 del d.lgs. 50 del 2016.

Infatti, secondo il Consiglio di Stato è da ritenersi che il nuovo Codice rimetta alla mera facoltà della stazione appaltante la limitazione del "numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente e, laddove voglia prevederlo, richieda:

- a) per l'istituzione del vincolo di aggiudicazione ordinario, una **motivazione specifica legata alle caratteristiche della gara o all'efficienza della prestazione**. Questo rappresenta un cambiamento significativo rispetto al Codice del 2016, che non prevedeva una motivazione così dettagliata;
- b) che il **vincolo di aggiudicazione aggravato** debba essere chiaramente **specificato negli atti di gara**. Inoltre, **se la disciplina di gara non fa menzione di questo vincolo** per i concorrenti in rapporti di controllo o collegamento, ciò deve essere interpretato come una **volontà negativa**; pertanto, deve ritenersi come non apposto;
- c) che il vincolo soggettivamente aggravato debba trarre (più specifica) giustificazione in **"ragioni inerenti al [...] mercato"**, non essendo sufficiente la sola **valorizzazione dell'oggetto dell'appalto**. Occorre quindi interrogare il contesto concorrenziale, sebbene – sottolinea il Consiglio di Stato – manchi, a conferma di tale ricostruzione, una virgola al primo inciso del comma;
- d) per l'istituzione di un **vincolo di partecipazione**, ossia un limite al numero di lotti a cui i concorrenti possono partecipare, che sia posto in ragione all'elevato numero previsto di concorrenti.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

### 1. I principi della verifica dell'anomalia

*"Il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta nei contratti pubblici mira a valutare la sua attendibilità e affidabilità complessiva per garantire l'esecuzione corretta dell'appalto, senza concentrarsi su errori specifici nell'offerta economica".*

È uno dei principi ricostruiti dalla sezione V del Consiglio di Stato, che nella sentenza n. 8356 del 15 settembre 2023, ripercorre la più recente e consolidata giurisprudenza sul giudizio di congruità dell'offerta.

Nel caso specifico, il Collegio ha utilizzato tali principi per respingere le censure avanzate dall'appellante in una gara bandita ai sensi del previgente del d.lgs. 50/2016, confermando quanto già espresso nel subprocedimento di valutazione dell'anomalia da parte della stazione appaltante.

#### La disciplina della verifica dell'Anomalia

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ha come obiettivo l'accertamento dell'attendibilità e della serietà dell'offerta nel suo complesso, nonché della reale capacità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto nelle condizioni proposte (Cons. di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690)

Al pari di quanto previsto nel previgente art. 97 del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.l. 76/2020 (l. conv. 120/2020), il Codice 36/2023 conferma la procedura di verifica delle offerte anomale negli appalti pubblici, con due modalità distinte.

Infatti, l'offerta ritenuta non attendibile, in quanto incapace di garantire una congrua remunerazione economica o la sua effettiva realizzabilità, può essere esclusa attraverso:

- **l'esclusione automatica delle offerte anomale:** questa viene prevista dal Codice 36/2023 quando la gara è affidata sulla base del massimo ribasso negli appalti sottosoglia UE e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. In tal caso, l'anomalia dell'offerta è stabilita utilizzando criteri predeterminati e matematici. In questo caso, non è necessario avviare un procedimento di verifica formale, ma l'offerta può essere esclusa direttamente in base a tali criteri, che specificatamente nell'ultimo Codice sono passati da due a tre (art. 54 e allegato II.2);
- **l'esclusione con giudizio di non congruità dell'offerta:** in questa fattispecie di portata generale, il RUP avvia un subprocedimento in cui verifica l'anomalia dell'offerta. Durante questo processo, viene instaurato un contraddittorio con l'operatore economico per valutare la validità dell'offerta. Questa procedura comporta un approccio più dettagliato e coinvolge una valutazione più approfondita dell'offerta da parte della stazione appaltante, chiamata ad esprimere un giudizio complessivo sulla sua attendibilità e affidabilità, quindi sulla congruità dell'offerta presentata in gara (art. 110).

## 2. Il Giudizio di verifica dell'anomalia

Con riferimento, al giudizio dell'amministrazione che caratterizza il **procedimento di verifica dell'anomalia** dell'offerta, il Consiglio di Stato ha ricostruito alcuni punti saldi della consolidata giurisprudenza in materia.

### **a) Carattere sanzionatorio**

Il procedimento di verifica dell'anomalia **non ha carattere sanzionatorio**, poiché si concentra sulla necessità di valutare l'attendibilità complessiva dell'offerta rispetto all'obiettivo dell'appalto (Cons. di Stato, n. 690/ 2019 cit.).

### **b) Natura globale e sintetica del giudizio**

Il giudizio di anomalia ha "**natura globale e sintetica**, e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta

### **c) Impugnazione del giudizio**

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato ribadisce che il giudice amministrativo può esaminare la **logicità, la ragionevolezza e l'adeguatezza delle valutazioni** dell'Amministrazione, ma non può condurre una verifica indipendente sulla



congruità dell'offerta e delle singole voci (v. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

#### ***d) Modifiche alle giustificazioni***

Come osservato nella sentenza in esame, durante il contraddittorio sulla verifica dell'anomalia dell'offerta, è possibile apportare **modifiche alle giustificazioni** relative all'offerta economica, inclusi aggiustamenti e compensazioni tra voci di costo, purché l'offerta rimanga affidabile per l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto (v. Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406).

Ovviamente, queste modifiche non devono portare a un'offerta completamente diversa da quella presentata inizialmente (v. Consiglio di Stato, sez. V, 1° febbraio 2022, n. 706).

#### ***e) Elementi sopravvenuti***

Nella stessa sentenza il Consiglio di Stato ricorda che, a garanzia della serietà delle offerte, le singole voci di costo possono essere modificate in caso di **sopravvenienze di fatto o normative** che comportino una riduzione dei costi o in presenza di errori di calcolo comprovati (v. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874).

#### ***f) Manodopera***

Secondo la citata sentenza i valori indicati nelle **tabelle ministeriali** relativi al costo della manodopera non sono vincolanti e possono essere superati se la stazione appaltante dimostra in modo puntuale e rigoroso che lo scostamento è giustificato (v. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2540).

Il principio espresso dalla sentenza in commento si riferisce all'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016, mentre l'art. 41 comma 14 del Codice 36/2023, in vigore, significativamente, opera una netta "inversione di rotta" rispetto al primo laddove dispone: "**14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale**".

Proprio con riferimento a quest'ultimo Codice, si evidenzia una recente pronuncia dello stesso Collegio, in cui è stato chiarito che anche nel quadro normativo vigente è l'operatore economico che può proporre un ribasso sul costo complessivo del personale, a condizione che dimostri che questo sia il **risultato di un'organizzazione aziendale più efficiente**, garantendo così la coerenza con l'art. 41 della Costituzione (v. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).