

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 2 al 5 aprile

Provvedimenti e Atti Normativi

Anac: no all'esclusione dei concorrenti che abbiano formulato un ribasso sul compenso professionale

Con la **delibera n. 101 del 28 febbraio u.s.**, l'ANAC ha fornito importanti chiarimenti circa i rapporti tra la normativa sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023 e le procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura.

In particolare, l'Autorità, a seguito di istanza di precontenzioso, è stata chiamata a stabilire se, in una procedura di gara finalizzata all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, l'operatore economico che abbia formulato una percentuale di ribasso che intacca anche il compenso professionale (oltre alle spese) sia da considerarsi anomala, e dunque da escludere, per violazione della normativa in tema di equo compenso.

Ciò, nel presupposto che la stazione appaltante, in presenza di un quadro normativo poco chiaro, ha legittimamente esercitato, nel bando di gara, la sua discrezionalità, sancendo l'inapplicabilità della disciplina dell'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica, con conseguente ribassabilità dell'intero importo posto a base di gara.

Soluzione, questa, auspicata da ANCE, e già fatta presente alla stessa Autorità in occasione della consultazione sul bando tipo n. 2/2024.

Ora, a parere dell'ANAC, l'assenza di chiare indicazioni normative e di orientamenti giurisprudenziali consolidati impedisce, che possa operare il meccanismo dell'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, possa essere disposta l'esclusione di operatori economici che abbiano formulato un ribasso tale da ridurre la quota parte del compenso professionale.

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

Appalti pubblici: escluso l'ordine cronologico dalla procedura negoziata

Il **criterio dell'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse**, utilizzato per formare una graduatoria da cui selezionare gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate sotto-soglia Ue, viene equiparato all'estrazione a sorte e quindi soggetto allo stesso **generale divieto** di quest'ultimo criterio.

Lo ha stabilito l'[ANAC con un Parere in funzione consultiva n. 11 del 28 febbraio 2024](#), analizzato dalla Direzione Legislazione Opere pubbliche. Tale parere è stato emesso in risposta ai dubbi sollevati da un Comune della Bassa Sardegna riguardo alla coerenza dell'utilizzo di tale criterio cronologico nella *lex specialis* di gara con le disposizioni del Codice appalti.

- **La disciplina del numero massimo di OE da invitare**

Il Codice appalti prevede, nella **procedura negoziata senza bando**, la consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici, per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, e di almeno 10 operatori economici, per il successivo intervallo di importi fino a soglie di rilevanza europea (art. 50, comma 1, lett. *c*) e *d*) del d.lgs. 36/2023).

Al di sopra delle soglie minime, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di **determinare un numero massimo di partecipanti** alla procedura negoziata. Per fare ciò, possono fare uso di **elenchi e indagini di mercato** conformi alle disposizioni dell'allegato II.1 del Codice. **Non è invece possibile utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale** dei nominativi:

- a) se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate;
- b) nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori.

L'allegato II.1 del Codice appalti specifica che, laddove sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, **l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica (anche) i criteri utilizzati per la scelta degli operatori** (art. 2, comma 2, terzo periodo). Anche in tal caso, viene ribadito che il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso a tali criteri è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura. Tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

Sul **contenuto della determina a contrarre**, la Relazione Illustrativa del Codice chiarisce che, in conformità al *«principio generale di predeterminazione dei criteri lato sensu selettivi nelle procedure comparative»*, questa include, tra i vari elementi, anche i **criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata**. I criteri prescelti devono essere **oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza**, fermo restando il divieto di sorteggio o di altri metodi di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate (v. art. 1, comma 2, lett. *e*), della legge delega 78/2022, ora anche nell'art. 50, comma 2, del Codice e nell'art. 2, comma 3, dell'Allegato II.1).

Gli stessi criteri, prosegue la Relazione Illustrativa del Codice, sono poi riportati anche nell'**avviso di avvio dell'indagine di mercato**, insieme alla specifica del numero minimo e massimo di operatori che saranno invitati alla procedura. Ai fini del computo degli operatori economici da considerare, tra quelli che hanno presentato manifestazioni d'interesse, per l'utilizzazione di tali criteri **«devono essere esclusi quelli che non hanno dichiarato il possesso dei requisiti richiesti**

dalla stazione appaltante e, in applicazione del principio di rotazione, l'affidatario uscente».

- **Le indicazioni dell'ANAC sulla selezione degli OE**

Secondo l'Autorità, le stazioni appaltanti devono fare in modo che **gli inviti non siano determinati da metodi casuali**, ma presieduti da criteri oggettivi, affinché siano effettivamente selezionate le **imprese ritenute più idonee in relazione all'oggetto specifico dell'appalto da affidare e alle finalità pubbliche** ad esso sottese.

A titolo esemplificativo, la stessa ANAC specifica che, fermo per i lavori il possesso della qualificazione SOA quale requisito necessario e sufficiente, **è possibile ipotizzare «ulteriori elementi curriculari (fatturato specifico, elenco lavori, ecc.) che siano pertinenti all'oggetto dell'affidamento e diano evidenza della solidità ed affidabilità dei concorrenti, senza in ogni caso introdurre soglie di sbarramento, sì da garantire a tutti l'ingresso nell'elenco o nel ventaglio dei soggetti da invitare, opportunamente graduati sulla base degli elementi previsti, e invitando il numero che la procedura richieda partendo da quelli più alti in graduatoria»** (sul punto, v. anche quanto stabilito dall'[ANAC nella delibera n. 14 del 10 gennaio 2024](#) e relativo commento ANCE in news del 14 marzo 2024).

A tale scopo, ricorda l'ANAC, la stazione appaltante può adottare, nel rispetto del proprio ordinamento, un **regolamento con cui disciplinare i criteri di scelta dei soggetti da invitare** a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

- **La decisione sull'utilizzo del criterio temporale**

L'ANAC ha sottolineato che il criterio dell'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse nelle procedure negoziate sotto-soglia Ue, come **modalità ordinaria di selezione degli operatori economici da invitare**, non rispetta le norme sopra richiamate. Infatti, questo:

- **non soddisfa i requisiti** di obiettività e coerenza con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, né rispetta i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza;
- **limita l'accesso alla procedura negoziata in modo casuale** e non coerente con la disciplina del codice appalti.

Infatti, secondo la stessa Autorità, al pari dell'uso dell'estrazione a sorte, il criterio cronologico potrebbe essere **accettabile solo in circostanze eccezionali e residuali**, nei limiti e alle condizioni previste dal Codice, quando l'utilizzo di criteri

obiettivi è impossibile o comporta oneri che ostacolano lo svolgimento rapido della procedura.

Ciò in quanto sono evidenti, sempre secondo l'ANAC, i rischi associati all'utilizzo del criterio cronologico di arrivo delle domande, inclusi possibili squilibri informativi tra i concorrenti potenziali o accordi collusivi tra di essi.

In conclusione, secondo l'opinione dell'Autorità, la previsione della *lex specialis* esaminata **non risulta conforme alla disciplina di riferimento**.

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

Focus Giurisprudenza

TAR Campania, Sez. I, 21 marzo 2024, n. 1838.

Nel caso sottoposto allo scrutinio del TAR Campania, il RUP, nel corso del sub-procedimento di **verifica dell'anomalia dell'offerta**, aveva chiesto ad un concorrente in gara (risultato poi aggiudicatario) **giustificazioni** in ordine alla congruità dell'offerta presentata, dal momento che la voce concernente gli oneri aziendali di sicurezza risultava manifestamente elevata ed incongrua.

Pertanto, detto concorrente, **nel fornire i propri giustificativi, modificava l'importo della voce degli oneri aziendali di sicurezza chiarendo che l'iniziale indicazione si riferiva erroneamente all'importo complessivo delle spese generali** (nel quale venivano ricompresi anche gli oneri aziendali), invece che ai soli oneri aziendali.

La ricorrente contestava la giustificazione fornita dalla ditta aggiudicataria, ritenendo che fosse stata così consentita una inammissibile modifica dell'offerta economica.

Ebbene, il TAR Campania, respingendo la suddetta censura, ha ribadito il principio in base al quale ***“in sede di verifica dell'anomalia, è consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo per sopravvenienze di fatto o normative ovvero al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica in ossequio alla regola della immodificabilità dell'offerta stessa”***.

Infatti, ad avviso del Collegio, nel caso di specie, ***“La differenza di prezzo, contestata dalla ricorrente, allora, era la conseguenza dell'indicazione dei costi per oneri aziendali di sicurezza all'interno delle spese generali. La stazione appaltante ha ritenuto ictu oculi abnormemente elevata e palesemente incongrua l'indicazione degli oneri aziendali di sicurezza indicata nell'offerta economica [...] Non si è, peraltro, proceduto ad alcuna modifica dell'offerta: l'entità originaria dell'offerta economica è***

rimasta sostanzialmente invariata, così come il ribasso offerto sul prezzo posto a base di gara”.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).