

**REGIONE
TOSCANA**



**Linee guida per l'impostazione del criterio qualità/
prezzo nelle gare per l'affidamento dei servizi con
riferimento particolare ai servizi ad alta intensità di
manodopera**

Le “Linee guida per l’impostazione del criterio qualità/prezzo nelle gare per l’affidamento dei servizi con riferimento particolare ai servizi ad alta intensità di manodopera” rappresentano il proseguimento del lavoro avviato nel 2018 che ha portato alla redazione del “Protocollo di Intesa per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori forniture e servizi”, sottoscritto il 14 gennaio 2019 con ANCI Toscana, CGIL, CISL, UIL, ANCE Toscana, Confcooperative Toscana, Legacoop Toscana, AGCI Toscana, CNA Toscana, Confartigianato Edilizia Toscana e alla promulgazione della legge regionale 16 aprile 2019, n. 18 (Disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori, forniture e servizi . Disposizioni organizzative in materia di procedure di affidamento di lavori. Modifiche alla l.r. 38/2007).

Il “Protocollo” prevedeva, inoltre, la costituzione di un gruppo di lavoro per definire le linee guida per le gare per l’affidamento dei servizi con particolare riferimento alla valorizzazione degli elementi qualitativi del progetto e alle modalità di effettuazione del controllo in fase di esecuzione. A questo fine, con la decisione di Giunta regionale n. 9 del 18 novembre 2019 è stato istituito uno specifico Tavolo di confronto al quale sono intervenuti i rappresentanti delle strutture regionali interessate, Settore Contratti e Settore Patrimonio e Logistica, ESTAR ANCI, associazioni sindacali (CGIL, CISL e UIL) e datoriali (Legacoop, Confcooperative Toscana, AGCI Toscana) allo scopo di raccogliere i necessari contributi dei partecipanti e predisporre le linee guida specifiche nel rispetto delle finalità del suddetto “Protocollo”.

La redazione del presente documento è giunta al termine di molti mesi di lavoro caratterizzati da confronti intensi e proficui che hanno consentito un continuo miglioramento del testo. Il periodo è anche stato contrassegnato dalla crisi sanitaria causata dall’emergenza COVID-19 che ha impedito il normale sviluppo delle dinamiche sociali. La fase della ripartenza che stiamo vivendo ha ribadito nuovamente, se ancora ce ne fosse bisogno, il ruolo fondamentale degli appalti pubblici quale strumento di mercato finalizzato alla realizzazione di una crescita sostenibile ed inclusiva e all’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. I contratti pubblici per forniture, servizi e lavori rappresentano, infatti, una leva fondamentale per sostenere l’economia, dare opportunità alle imprese e mantenere e creare buona occupazione.

Le linee guida, in particolare, vogliono fornire alle amministrazioni toscane delle indicazioni operative per attuare, nel sistema degli appalti pubblici le previsioni del “Protocollo” e della norma regionale. Le stazioni appaltanti toscane, con l’applicazione delle linee guida, possono contribuire, da un lato, a migliorare la partecipazione degli operatori economici in termini di qualità delle offerte e di accrescimento del loro *know-how*, dall’altro, ad offrire ai cittadini servizi di buona qualità costantemente

verificati e, soprattutto, a mantenere e creare buona occupazione. Si vuole, in sostanza, gettare le basi per la creazione di un sistema virtuoso che miri ad un innalzamento della qualità del sistema, della competitività delle imprese toscane e della tutela della dignità del lavoro.

Le linee guida sono una prima parte del percorso e rappresentano un'eredità per gli amministratori di domani, con l'auspicio che il circuito virtuoso avviato, sotteso al miglioramento delle condizioni economiche e sociali di tutto il sistema toscano, possa continuare ad essere efficacemente perseguito.

Assessorato alla Presidenza

Il Tavolo per la redazione delle linee guida è stato istituito con la decisione di Giunta regionale n. 9/2019 ed è stato coordinato dal Settore Contratti della Regione Toscana che ha provveduto alla redazione delle medesime linee guida da sottoporre al Tavolo.

In particolare la stesura del documento è stata curata da Ivana Malvaso (coordinatrice), Francesco Bavetta, Marco Giovannetti, Roberto Perotti, Sandra Raddi ed Eleonora Santini.

Hanno fornito un importante contributo alla redazione delle linee guida:

- ANCI Toscana – Luca Fanciullacci, Ilaria Moscardi;
 - ASL Centro – Maria Teresa Asquino;
 - CGIL, CISL, UIL – Alessio Berti;
 - COeSO (Società della Salute dell'Area socio sanitaria Amiata Grossetana, Colline Metallifere e Grossetana) - Fabrizio Boldrini, Pierpaolo Giorgi;
 - Cooperazione Toscana – Filippo Morosi;
 - ESTAR (Ente di supporto tecnico amministrativo regionale) – Lucia Sabbatini;
 - Legacoop – Simone Baldini;
 - Settore Patrimonio e Logistica di Regione Toscana – Rosa Di Cera.
-

Indice generale

Introduzione.....	6
PARTE I – GARE DI SERVIZI: PROGETTAZIONE, CRITERI E CONTROLLI.....	7
1.1 - Il quadro normativo.....	7
1.2 - La progettazione: finalità, caratteristiche, contenuti e stima dei costi.....	7
1.2.1 - Relazione tecnico illustrativa.....	8
1.2.2 - Capitolato speciale.....	10
1.2.3 - Calcolo degli importi.....	14
1.2.4 - Prospetto economico.....	15
1.2.5 – La lex specialis di gara.....	15
1.3 - I requisiti di partecipazione.....	16
1.4 - I criteri di aggiudicazione: inquadramento.....	17
1.4.1 – Il criterio qualità/prezzo.....	18
1.4.2 - I criteri di valutazione quantitativi.....	29
1.4.3 - I criteri di valutazione quantitativi: formule e simulazioni.....	29
1.4.4 - Indicazioni operative.....	37
1.5 – Controlli in fase di aggiudicazione e stipula del contratto.....	39
1.6 - I controlli in fase esecutiva.....	40
1.6.1 – Inquadramento: i soggetti coinvolti.....	40
1.6.2 – L’attività di controllo.....	41
1.6.3 - Il sistema delle penali.....	43
PARTE II – I SERVIZI AD ALTA INTENSITÀ DI MANODOPERA.....	46
2.1 - Inquadramento.....	46
2.2 – L’applicazione delle clausole sociali.....	47
2.3 - Il progetto (piano) di riassorbimento.....	50
2.4 – Gli effetti delle clausole sociali nella fase esecutiva del contratto.....	52
2.5 – Indicazioni operative per le stazioni appaltanti.....	53
2.5.1 – Indicazioni operative per le stazioni appaltanti in fase di progettazione dell’appalto.....	53
2.5.2 – La stima dell’appalto.....	55
2.5.3 – Il Piano di riassorbimento e i relativi criteri di valutazione.....	56
2.5.4 – Indicazioni operative per le stazioni appaltanti in fase di controllo sull’applicazione della clausola sociale.....	58
2.5.5 – La clausola sociale nelle procedure di gara indette dai Soggetti Aggregatori o da altre centrali di committenza.....	59
2.6 – Conclusioni.....	61

Introduzione

Le presenti linee guida sono redatte in attuazione del “Protocollo di Intesa per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori forniture e servizi”, approvato con delibera di Giunta regionale del 21 dicembre 2018, n. 1482 e sottoscritto il 14 gennaio 2019, e della legge regionale 16 aprile 2019, n. 18 (Disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori, forniture e servizi. Disposizioni organizzative in materia di procedure di affidamento di lavori. Modifiche alla l.r. 38/2007)¹.

Regione Toscana ha dunque predisposto il presente documento al fine di fornire alle Stazioni appaltanti del territorio della Regione Toscana e agli operatori economici coinvolti nell'affidamento di servizi uno strumento operativo per la progettazione del servizio, la predisposizione della documentazione di gara e il controllo nell'esecuzione del contratto.

Le linee guida, infine, sono articolate in due parti: nella prima sono affrontate in chiave operativa i temi fondamentali per l'impostazione delle gare per tutte le tipologie di servizi; nella seconda, dedicata in particolare ai servizi ad alta intensità di manodopera, i suddetti istituti sono applicati al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto.

¹ Ai sensi dell'art. 2 (Ambito soggettivo) della l.r. 18/2019: “Le disposizioni della presente legge si applicano: a) alla Regione, agli enti e alle agenzie istituiti con legge regionale nonché agli enti parco regionali; b) agli enti locali, ai loro consorzi, unioni ed associazioni; c) alle aziende unità sanitarie locali, alle aziende ospedaliere universitarie, all'ente per i servizi tecnico-amministrativi (ESTAR); d) alle aziende pubbliche per i servizi alla persona; e) alle altre amministrazioni aggiudicatrici, non indicate alle lettere a), b), c) e d), agli enti aggiudicatori ed agli altri soggetti aggiudicatori come definiti dall'articolo 1 e dall'articolo 3, comma 1, lettere f), e g), del d.lgs. 50/2016, ad esclusione dei soggetti individuati all'articolo 117, comma secondo, lettera g), della Costituzione”.

PARTE I – GARE DI SERVIZI: PROGETTAZIONE, CRITERI E CONTROLLI.

1.1 - Il quadro normativo

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), nel definire la disciplina che le stazioni appaltanti devono osservare nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, attribuisce grande rilievo alla progettazione dell'appalto.

Nello specifico, l'art. 23 al comma 14 afferma che la progettazione è articolata di regola in unico livello e al comma 15 stabilisce che, per gli appalti di servizi, il progetto deve contenere: la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio; le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008; il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi; il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa e conseguentemente, i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara, l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità, fermo restando il divieto di modifica sostanziale.

Il CAPO I della citata legge regionale 18/2019 contiene, inoltre, disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di servizi che saranno oggetto di analisi nel prosieguo del documento.

1.2 - La progettazione: finalità, caratteristiche, contenuti e stima dei costi

Il legislatore con l'art. 23 commi 14 e 15 ha dettato delle disposizioni generali in ordine alla progettazione dei servizi alle quali le stazioni appaltanti devono fare riferimento nell'elaborazione del progetto del servizio. Tenendo conto di tali disposizioni e dei principi generali fissati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, con la presente linea guida si vogliono fornire indicazioni per l'elaborazione della progettazione del servizio.

La progettazione è diretta ad identificare l'oggetto della prestazione e consiste nell'insieme delle attività svolte e dei documenti redatti dalla stazione appaltante al fine di definire i contenuti tecnici, economici e contrattuali delle prestazioni necessarie a soddisfare i propri fabbisogni, permettere agli operatori economici di formulare un'offerta coerente rispetto alle esigenze espresse dalla stazione

appaltante e sostenibile sotto il profilo operativo ed economico, nonché garantire il corretto svolgimento del rapporto negoziale e la qualità delle prestazioni dedotte in contratto.

Nella fase della progettazione sono compresi anche la scelta della procedura di aggiudicazione, l'individuazione dei requisiti di partecipazione, la scelta del criterio di aggiudicazione e dei criteri di valutazione e la determinazione dei relativi punteggi che trovano la loro disciplina nella documentazione di gara oppure nella *lex specialis* di gara come indicato di seguito.

I documenti di progettazione sono predisposti secondo gli usi della stazione appaltante, in attuazione del principio di semplificazione, e mediante risorse interne, in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto dell'appalto¹.

Di seguito, partendo dal contenuto del progetto del servizio previsto dall'art. 23, comma 15, si vuole fornire indicazioni sul contenuto dei singoli documenti di progettazione.

1.2.1 - Relazione tecnico illustrativa

Con la relazione tecnico illustrativa la stazione appaltante individua i propri obiettivi e descrive l'insieme delle circostanze che hanno contribuito alle scelte effettuate nei documenti di gara con particolare riferimento a:

- 1) analisi dei fabbisogni da soddisfare e strumenti utilizzati per la rilevazione dei fabbisogni;
- 2) normativa applicabile, politiche intraprese sugli appalti e caratteristiche dell'utenza destinataria dell'intervento nonché, se pertinente, esiti delle consultazioni preliminari;
- 3) valutazione in merito alla suddivisione in lotti.

In merito alla suddivisione in lotti, si ricorda che l'art. 51 del d.lgs. 50/2016 prevede, quale regola generale, che le stazioni appaltanti debbano suddividere gli appalti in lotti funzionali oppure in lotti prestazionali in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei servizi “*al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese*” alle gare pubbliche. Le stazioni appaltanti possono, tuttavia, derogare al principio della “suddivisione in lotti” per giustificati motivi, che devono però essere puntualmente espressi nell'atto di indizione della procedura di gara².

In relazione a ciò si evidenzia che, con l'art. 7 (Suddivisione in lotti) della legge regionale 18/2019, è stato rafforzato l'onere motivazionale al fine di favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese negli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, statuendo che “*nel provvedimento di*

¹ La competenza del soggetto incaricato risulta da: possesso di un idoneo titolo di studio, specifiche competenze o abilitazioni oppure dall'esperienza maturata in concreto.

² L'art. 51, comma 1, del d.lgs. 50/2016, infatti, afferma che “*le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione in lotti*” dell'appalto. In considerazione del fatto che il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza, in sede di giurisprudenziale amministrativa è stato affermato che: “*la violazione si verifica in caso di importi spropositati e riferiti ad ambiti territoriali incongrui*” (Cons. St., sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857).

*indizione della gara le stazioni appaltanti sono tenute a fornire specifica e puntuale motivazione idonea a giustificare la scelta della mancata suddivisione in lotti dell'appalto*³.

La decisione in ordine alla suddivisione in lotti richiede una valutazione attenta da parte della stazione appaltante poiché è opportuno precisare che essa non garantisce di per sé che l'appalto venga aggiudicato a un numero maggiore di imprese né, tanto meno, che tra queste vi siano PMI: per questo motivo la scelta ottimale del numero dei lotti in cui suddividere l'appalto richiede, anche in funzione delle esigenze da soddisfare e delle politiche di aggregazione della spesa, un'analisi accurata dei diversi mercati rilevanti al fine di cercare di individuare gli ambiti di competizione ottimali per garantire la possibile partecipazione delle piccole e medie imprese.

Un ulteriore aspetto sul quale occorre riflettere attiene alla previsione di vincoli di partecipazione o di aggiudicazione. L'art. 51, comma 3, prevede che le stazioni appaltanti possono inserire limiti alla partecipazione alla gara indicando nel bando di gara se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti. Viene altresì prevista la possibilità, per la stazione appaltante, di inserire nel bando di gara un limite di aggiudicazione.

L'art. 51, comma 3, consente quindi di prevedere:

- un limite di partecipazione, cioè l'individuazione di un numero massimo di lotti per i quali un concorrente può presentare offerta;
- un limite di aggiudicazione, cioè l'individuazione di un numero massimo di lotti che un concorrente si può aggiudicare. In questo caso la stazione appaltante deve precisare le regole o i criteri (oggettivi e non discriminatori) per la determinazione dei lotti aggiudicabili ad un solo offerente.

Anche per la determinazione di vincoli di partecipazione/aggiudicazione risulta necessario che la stazione appaltante effettui delle analisi sul contesto di mercato in cui si inserisce l'oggetto della gara e in particolare sul numero di imprese potenzialmente in grado di partecipare alla procedura di scelta del contraente. L'introduzione dei vincoli espone la stazione appaltante a rischi di un minore livello di competizione attesa e ad un rischio di cartelli fra gli operatori, finalizzati alla ripartizione di quote di mercato⁴. Proprio per i rischi cui si espone la stazione appaltante, risulta opportuno che siffatti vincoli siano inseriti, specie quello di partecipazione, nelle ipotesi in cui sia previsto un numero elevato di partecipanti.

In caso di previsione di vincoli di partecipazione o di aggiudicazione occorrerà indicare con esattezza il valore dei requisiti (di capacità economica e finanziaria o tecniche e professionali) che dovranno essere posseduti dai concorrenti, nonché individuare tutte le misure tese ad evitare l'elusione

³ Si veda altresì il "Protocollo di Intesa" il quale, al fine di non pregiudicare la partecipazione delle PMI, prevede che: *"Il frazionamento dell'appalto può avvenire su base quantitativa, facendo in modo che il valore delle singole gare sia adeguato alle capacità delle PMI, o su base qualitativa, per adattare meglio l'oggetto ed il contenuto delle prestazioni richieste alle peculiarità produttive delle PMP"*.

⁴ Cfr. TAR Toscana, sentenza 29 luglio 2019 n. 1162.

dell'apposizione del vincolo come individuato dalla stazione appaltante. Sarà necessario, con riferimento alla partecipazione di operatori riuniti o raggruppati, imporre ai concorrenti di presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di RTI, Consorzio ordinario di concorrenti, GEIE o consorzi di cui all'art. 45, comma 2 lett. b) e c) del d. lgs. 50/2016, sempre con la medesima composizione soggettiva o con l'indicazione delle medesime consorziate esecutrici, pena l'esclusione da tutti i lotti del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa.

Si ritiene che, in merito all'operatività dei vincoli apposti dalla stazione appaltante, una definizione chiara e puntuale delle condizioni di partecipazione degli operatori economici in tali ipotesi, ivi compresa la specificazione del criterio di priorità connesso al vincolo di aggiudicazione, sia di cruciale importanza per garantire il rispetto dei principi di correttezza e non discriminazione dei concorrenti.

Si invitano le stazioni appaltanti ad esplicitare le analisi effettuate e le motivazioni, poste a fondamento delle scelte effettuate nella Relazione tecnico illustrativa, in quanto, come affermato prima, la finalità dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione è quella di "salvaguardare la concorrenza" evitando una concentrazione degli appalti affidati ad un limitato numero di operatori economici, anche connesso ad un possibile e maggiore coinvolgimento delle micro e piccole imprese.

1.2.2 - Capitolato speciale

Il capitolato speciale contiene gli elementi ritenuti necessari a definire le caratteristiche tecniche ed economiche dell'oggetto del servizio. Nel capitolato speciale possono essere definiti, inoltre, le specifiche tecniche e qualitative, i requisiti minimi e le modalità di realizzazione delle attività richieste, le modalità di valutazione degli standard qualitativi del servizio, l'eventuale programma secondo cui eseguire la prestazione, le modalità di controllo sull'esatto adempimento della prestazione.

Il capitolato speciale è completato dallo schema di contratto, che prevede le clausole necessarie a regolare i rapporti tra la stazione appaltante e l'esecutore dell'appalto.

Nella fase di elaborazione del capitolato speciale, la stazione appaltante deve determinare le modalità di effettuazione e le caratteristiche del servizio e, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 50/2016, inserire nella documentazione progettuale e di gara (almeno) "*le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare*"⁵, laddove siano approvati per la categoria merceologica d'interesse.

L'articolo 34 del Codice dei contratti pubblici stabilisce, infatti, che per gli affidamenti di qualsiasi importo, relativamente alle categorie di forniture, servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi

⁵ I CAM sono i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato. Si veda: <https://www.minambiente.it/pagina/i-criteri-ambientali-minimi>. .

adottati nell'ambito del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP), le stazioni appaltanti inseriscono nella documentazione progettuale e di gara almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

La progettazione del servizio, pertanto, dovrà comprendere anche l'analisi della normativa ambientale di riferimento della categoria merceologica oggetto di affidamento, con particolare riferimento ai decreti emanati dal Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare, con i quali sono individuati i CAM, che attualmente riguardano n. 18 categorie di lavori/beni/servizi, oltre la Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (DM Ambiente del 06.06.2012).

FOCUS: I CRITERI AMBIENTALI MINIMI (CAM)

I CAM consistono nelle “considerazioni ambientali” che riguardano una o più fasi di definizione della procedura di gara, promuovendo la diffusione delle tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti compatibili sotto il profilo ambientale.

I criteri ambientali sono definiti “minimi” in quanto assicurano che i prodotti, i servizi, i lavori ad essi conformi, siano soddisfatti dall'offerta del mercato di riferimento.

I “criteri ambientali minimi” si distinguono in “di base” e “premianti”: i primi garantiscono prestazioni superiori a quelle derivanti dalla conformità alla normativa ambientale, mentre i secondi garantiscono prestazioni superiori a quelle derivanti dalla conformità ai criteri “di base” e sono utilizzati, in genere, nei casi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta “economicamente più vantaggiosa”.

Integrare i criteri ambientali minimi nelle fasi di acquisti significa intervenire su:

- a) oggetto dell'appalto: esplicitando l'intenzione di acquisto a ridotto impatto ambientale;
- b) specifiche tecniche: tenendo conto degli impatti ambientali nel ciclo di vita dei beni, opere e servizi;
- c) selezione dei candidati: selezionando se del caso su requisiti di capacità tecnica ambientale o su misure per la gestione ambientale;
- d) criteri di aggiudicazione: incentivando i concorrenti a migliorare le proprie prestazioni ambientali nel rispetto del capitolato;
- e) clausole contrattuali: per evidenziare gli impegni ambientali assunti dai fornitori e dai prestatori di servizi.

In sintesi, i CAM, ognuno nella sua specificità, riportano la normativa ambientale di riferimento, i suggerimenti proposti alle stazioni appaltanti per l'analisi dei fabbisogni e ulteriori indicazioni relative alla definizione della procedura di gara tra cui:

- 1) requisiti di qualificazione soggettiva atti a provare la capacità tecnica del candidato ad eseguire l'appalto in modo da recare i minori danni possibili all'ambiente;
- 2) specifiche tecniche, ai sensi dell'art. 68 (Specifiche tecniche) del d.lgs. 50/2016;
- 3) clausole contrattuali con indicazioni per eseguire l'affidamento nel modo migliore dal punto di vista ambientale;
- 4) criteri premiati: requisiti volti a selezionare prodotti/servizi con prestazioni ambientali migliori di quelle garantite dalle specifiche tecniche, ai quali attribuire un punteggio tecnico ai fini dell'aggiudicazione secondo l'offerta al miglior rapporto qualità-prezzo;
- 5) verifiche, ovverosia i mezzi di prova per dimostrare la conformità.

Nella fase di definizione delle caratteristiche del servizio occorrerà anche prevedere la disciplina in ordine alla stima dei costi della sicurezza e alla stima del costo della manodopera. In relazione alla stima del costo della manodopera si rinvia alla parte seconda della presente linea guida.

Si forniscono di seguito indicazioni in ordine alla diversa natura dei costi della sicurezza e degli oneri della sicurezza aziendali e si ricorda che l'art. 95, comma 10, prevede la necessità che gli operatori economici indichino tali oneri, così come i costi della manodopera, nell'offerta economica con esclusione dei servizi di natura intellettuali.

FOCUS: ONERI E COSTI PER LA SICUREZZA

Gli importi della sicurezza relativi a un appalto si distinguono in:

- a) costi della sicurezza: sono quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI e sono volti all'eliminazione dei rischi da interferenze;
- b) oneri aziendali di sicurezza: concernono i costi specifici della sicurezza, tra cui rientrano i costi sostenuti sia per l'organizzazione della sicurezza aziendale sia per la gestione e l'organizzazione del servizio. Essi sono determinati ed indicati in sede di offerta dagli operatori economici concorrenti⁶.

Giurisprudenza

Ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 gli operatori economici partecipanti ad una gara pubblica hanno l'obbligo di indicare la stima degli oneri aziendali, oltre alla stima dei costi per la manodopera, nella propria offerta.

Il mancato assolvimento di questo obbligo è stato oggetto di un contrasto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato con particolare riferimento alle conseguenze in termini di immediata esclusione dalla gara⁷. La questione relativa all'interpretazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 è stata sottoposta all'Adunanza plenaria, la quale ha statuito che la mancata e puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza comporta l'esclusione dalla gara senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio⁸.

Il Consiglio di Stato recentemente è nuovamente intervenuto, con sentenza in Adunanza plenaria, sul tema dell'omessa separata indicazione in offerta dei costi della manodopera statuendo che:

1. si ha esclusione dell'offerta che non indica separatamente i costi della manodopera anche se questo obbligo non è specificato nella documentazione di gara laddove la possibilità di esclusione sia chiaramente prevista dalla normativa nazionale e espressamente richiamata nella documentazione di gara;
2. gli offerenti, tuttavia, possono sanare la mancata indicazione dei costi della manodopera entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche.

In conclusione, le stazioni appaltanti devono prevedere nei modelli per la presentazione dell'offerta economica lo spazio per l'indicazione separata dei costi della manodopera⁹.

⁶ Si veda la delibera ANAC 8 febbraio 2017, n. 100 per una chiara esposizione della questione.

⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815.

⁸ Cons. St. Ad. plen., 24 febbraio 2019, n.1

⁹ Si veda Cons. St., Ad. Plen., 02 aprile 2020, n. 07 secondo la quale: “*La mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di*

Si segnala, infine, che con riferimento alla mancanza dell'indicazione dei costi della manodopera, Anac ha ribadito che: “L’obbligo di indicare i costi della manodopera in sede di offerta deve intendersi riferito anche ai costi sopportati dal subappaltatore, al fine di poter verificare il rispetto dei minimi salariali e la congruità dell’offerta”¹⁰. Sulla base di questo principio la stazione appaltante deve verificare che il concorrente, che intenda avvalersi del subappalto, abbia dichiarato puntualmente l'effettivo costo del personale proprio e di quello fornitogli dal subappaltatore¹¹.

Nella fase di definizione dei contenuti della prestazione la stazione appaltante, inoltre, al fine di soddisfare esigenze di natura sociale, ambientali può, ai sensi dell’art. 100 del d.lgs. 50/2016, richiedere agli operatori economici particolari requisiti per l’esecuzione del contratto di appalto. Il comma 2 dell’art. 100 dispone, poi, che i concorrenti devono, in sede di offerta, dichiarare di accettarli nell’ipotesi in cui risultassero aggiudicatari. La stazione appaltante è, poi, tendenzialmente libera di decidere se e quali particolari requisiti imporre per l’esecuzione del contratto: l’art. 100, comma 1, statuisce infatti che i requisiti di esecuzione devono essere compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara. Tra le particolari condizioni che i concorrenti dovranno dichiarare di accettare rientrano le c.d. “clausole sociali” per le quali si rimanda alla parte II di questo documento.

Un ulteriore aspetto da esaminare e regolare nel capitolato attiene alla disciplina del subappalto in relazione alle prestazioni oggetto del servizio al fine di prevedere eventuali limiti alla subappaltabilità di alcune prestazioni.

FOCUS: SUBAPPALTO

Ai sensi dell’art. 105 del d.lgs. 50/2016, il subappalto è il contratto con il quale l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto che richiedono l’impiego di manodopera.

Il comma 2 dell’art. 105 statuisce che l’eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell’importo complessivo del contratto¹².

I limiti al subappalto: il contrasto tra disciplina europea ed italiana

La Corte di Giustizia della UE (CGUE), con sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) ha statuito la non conformità al diritto UE dell’art. 105, comma 2, terzo periodo,

soccorso istruttorio, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione; tuttavia, se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice”.

10 Si veda Delibera del 13 novembre 2019, n.1048 consultabile all’indirizzo seguente: https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=7649

11 In termini generali il subappalto, ancorché dichiarato in sede di offerta, costituisce una voce dell’intero costo della manodopera necessaria per eseguire tutti i lavori. Cfr. Tar Lombardia, Milano, n. 2515 del 6/11/2018, Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2018, n.1500.

12 La legge 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. “sblocca cantieri”) prevede, tuttavia, che fino al 31 dicembre 2020 il limite è innalzato fino al 40 per cento del valore complessivo dell’appalto ed è sospeso l’obbligo di indicare la terna dei subappaltatori (ai sensi del comma 6 dell’art. 105) per gli appalti di importo superiore alle soglie di cui all’art. 35 del d.lgs. 50/2016. Non vige più, fino al 31 dicembre 2020, l’obbligo per l’offerente di dimostrare l’assenza, in capo ai subappaltatori, di motivi di esclusione, e non può essere applicato il motivo di esclusione per il caso di mancato possesso dei requisiti da parte del subappaltatore indicato.

del d.lgs. 50/2016 in base al quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto.

In attesa di un intervento normativo organico di revisione della norma sul subappalto, le stazioni appaltanti, al fine di gestire le procedure di gara in conformità ai rilievi della Corte di Giustizia, possono porre limiti al subappalto motivando adeguatamente la propria scelta ed evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza.

Il Capitolato deve poi disciplinare la fase dell'avvio dell'esecuzione specificando anche le tempistiche relative e l'effettuazione di incontri sia propedeutici all'avvio stesso sia in corso di esecuzione, con previsione di redazione di appositi processi verbali e le modalità di controllo delle prestazioni in fase di esecuzione.

La stazione appaltante potrebbe, inoltre, richiedere la nomina da parte dell'aggiudicatario di un referente per affidargli il ruolo di interfaccia con l'Amministrazione per le attività oggetto del contratto e per l'ordinaria gestione dello stesso. Il suddetto referente potrebbe essere incaricato di vigilare sul rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro); essere individuato quale referente contabile del fornitore o rivestire particolari funzioni individuate dall'amministrazione.

In molte ipotesi la stazione appaltante può, infine, richiedere la presenza di un determinato gruppo di lavoro per l'esecuzione della prestazione: es. servizi di natura intellettuale oppure team di lavoro cui attribuire vari compiti. Se la prestazione oggetto del contratto deve essere eseguita da figure professionali con caratteristiche e competenze specifiche, occorre indicare esattamente le qualificazioni ed esperienze necessarie nonché individuare le modalità per una loro verificabilità prima dell'affidamento e in fase esecutiva.

1.2.3 - Calcolo degli importi

La stazione appaltante esplicita la valutazione del servizio in termini economici attraverso una stima analitica del costo delle prestazioni, anche facendo ricorso a dati parametrici. Il calcolo degli importi del servizio comprende tutti i costi connessi all'esecuzione delle prestazioni individuate dalla stazione appaltante ivi compresi le spese generali e gli utili di impresa.

La stazione appaltante deve inoltre evidenziare la quantificazione del costo della manodopera, ad eccezione dei servizi aventi natura intellettuale, nonché i criteri e gli elementi sui quali è basata la quantificazione. L'art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016 dispone che le stazioni appaltanti individuano il costo della manodopera sulla base delle tabelle, redatte da Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che saranno prese a riferimento dalla stazione appaltante per la verifica, ai sensi dell'articolo 97, co. 5, lett. d), del Codice del costo della manodopera indicato dall'aggiudicatario nell'offerta economica.

1.2.4 - Prospetto economico

Nel prospetto economico sono evidenziati gli oneri complessivi necessari per l'acquisizione del servizio. Il prospetto economico è, in genere, redatto in forma schematica e descrive:

- 1) il valore delle prestazioni oggetto del contratto e il valore, non soggetto a ribasso, dei costi per la sicurezza (DUVRI);
- 2) le ulteriori somme, non soggette a ribasso, per rinnovi, opzioni come espressamente indicato nei documenti di gara;
- 3) le ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per spese di pubblicità, spese per commissioni giudicatrici, contributi ANAC;
- 4) le ulteriori somme necessarie al pagamento dei tributi oppure imposte, tasse e contributi.

La somma degli importi di cui ai nn. 1 e 2 costituisce il valore per la determinazione della soglia di cui all'articolo 35 del d.lgs. 50/2016.

1.2.5 – La *lex specialis* di gara

Con il termine *lex specialis* s'intende l'insieme delle disposizioni contenute negli atti tipici emanati dalle stazioni appaltanti al fine di regolare la procedura di gara e, in particolare, la fase della selezione del contraente. Nello specifico si fa riferimento ai bandi di gara, alle lettere di invito, agli avvisi di preinformazione, capitolati, disciplinari di gara e protocolli di legalità.

Il bando di gara, in particolare, è il documento con il quale la stazione appaltante esterna definitivamente la volontà di negoziare e di addivenire alla stipula del contratto, a seguito della selezione e dell'individuazione del miglior offerente¹³. A tal fine, l'art. 71, comma 1, del d.lgs. 50/2016, specifica che tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara *“fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63”* e, inoltre, l'art. 59, comma 5, del d.lgs. 50/2016 statuisce che: *“la gara è indetta mediante bando di gara redatto a norma dell'art. 71”*. Le eccezioni previste dalla norma sono costituite dalle ipotesi in cui, per le procedure ristrette e competitive con negoziazione e per la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, l'amministrazione indice la procedura di gara mediante l'adozione di *“avvisi di preinformazione”*, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 70 del d.lgs. 50/2016.

L'art. 71 del d.lgs. 50/2016, inoltre, disciplina il contenuto dei bandi di gara chiarendo che le stazioni appaltanti, per la redazione dei bandi, si conformano ai bandi tipo adottati da parte dell'ANAC, la quale garantisce, *“attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti”* (art.

¹³ L'orientamento pacifico giurisprudenziale attribuisce al bando di gara natura di atto amministrativo generale. Conseguenza di ciò è l'impossibilità di disapplicazione da parte del giudice amministrativo.

213, comma 2, del d.lgs. 50/2016). L'art. 71 precisa anche che *“le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”*.

Nei bandi-tipo adottati da ANAC, che sostanzialmente sono dei disciplinari di gara, è evidenziato il contenuto minimo necessario ai fini della loro redazione nella specifica procedura di scelta del contraente. Tra i bandi-tipo utili ai fini del presente documento merita citare il Bando Tipo n. 1 (Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo) approvato da ANAC con delibera del 22 novembre 2017, n. 1228¹⁴.

1.3 - I requisiti di partecipazione

Le Direttive comunitarie hanno specificato che **i requisiti di partecipazione** servono a valutare l'idoneità degli offerenti ai fini della partecipazione alla gara e, pertanto, si riferiscono esclusivamente a condizioni di idoneità e capacità degli offerenti.

I requisiti di partecipazione si distinguono in:

1. “Requisiti generali”, relativi a cause di esclusione previste dall'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione (tra cui è inclusa anche il divieto previsto dall'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 30 marzo 2001, n. 165);
2. “Requisiti speciali”, i quali, ai sensi dell'art. 83, comma 1, del d.lgs. 50/2016 possono riguardare:
 - l'idoneità professionale: i concorrenti devono essere iscritti, a pena di esclusione dalla gara, nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti Ordini professionali, se tale iscrizione è prescritta per l'esercizio dell'attività oggetto di appalto;
 - la capacità economico-finanziaria;
 - le capacità tecniche e professionali¹⁵.

I requisiti speciali sono definiti dalle stazioni appaltanti, in considerazione dell'importo dell'appalto, delle sue caratteristiche e delle caratteristiche del mercato di riferimento, tenendo conto dell'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti e anche al fine di favorire l'accesso alle MPMI.

¹⁴ Si veda: https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ContrattiPubblici/BandiTipo/_bando1

¹⁵ Si ricorda che la Regione Toscana, ai sensi dell'articolo 1-bis (Dimensione ambientale degli appalti pubblici) della legge regionale 13 luglio 2007, n. 38 (Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro), promuove l'integrazione degli appalti pubblici con la dimensione ambientale. Ai sensi dell'articolo 34 del d.lgs. n. 50/2016, inoltre, occorre tenere in considerazione i criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale, anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 comma 6.

I requisiti speciali devono essere posseduti dall'operatore economico singolo, mentre per i raggruppamenti temporanei d'impresa, sulla base di quanto previsto dall'art. 83, comma 8, le stazioni appaltanti nel bando devono indicare le eventuali misure in cui i requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Si richiama quindi l'attenzione nella definizione dei requisiti speciali in considerazione del loro impatto sulla partecipazione delle imprese alle procedure di affidamento.

La Regione Toscana, in particolare, ha previsto fra gli obiettivi del "Protocollo di Intesa per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori forniture e servizi" quello di facilitare la partecipazione agli appalti pubblici delle micro e piccole imprese e di imprese *start up* di nuova costituzione. A tal fine ha precisato che le stazioni appaltanti possano prevedere nelle gare per l'affidamento di forniture e servizi la possibilità per le micro, piccole imprese e imprese *start up* di partecipare in RTI o in Rete d'Impresa con altre imprese consentendo che i requisiti previsti possano essere coperti interamente dalle altre imprese partecipanti al RTI o dalle imprese della Rete.

1.4 - I criteri di aggiudicazione: inquadramento

Con il termine "*criteri di aggiudicazione*" si fa riferimento ai metodi utilizzati dalla stazione appaltante per individuare la migliore offerta tra quelle presentate dai concorrenti ammessi all'esito della selezione.

La scelta del criterio da seguire per selezionare la migliore offerta rappresenta un momento fondamentale della procedura ad evidenza pubblica poiché conduce all'individuazione dell'aggiudicatario con il quale l'amministrazione stipulerà il contratto.

Il d.lgs. 50/2016 ha innovato profondamente i criteri di aggiudicazione in coerenza con la legislazione europea. In particolare, l'art. 95 prevede per le amministrazioni aggiudicatrici un principio base in relazione ai criteri di aggiudicazione, i quali "*non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta*"; infatti, il comma 1 dell'art. 95 impone che la scelta dell'offerta avvenga sulla base di criteri che garantiscano "*la possibilità di una concorrenza effettiva*" e che siano "*accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di valutazione delle offerte*". In altre parole, la norma chiede alle stazioni appaltanti di concepire i criteri di aggiudicazione in modo che siano il più possibile misurabili secondo valutazioni verificabili. I criteri di aggiudicazione, infatti, servono **a valutare e a fissare le modalità di esecuzione dell'appalto: per questo motivo, essi devono essere, in primo luogo, collegati alle prestazioni dedotte nel contratto e traducibili in elementi concreti e, in secondo luogo, misurabili e verificabili in fase di esecuzione.**

L'art. 95, comma 2, del d. lgs. 50/2016 prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo.

Il legislatore nazionale, al comma 3 dell'art. 95, ha stabilito che sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i servizi ad alta intensità di manodopera (per i quali si veda la parte II), fatti salvi gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000,00 euro;
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale, di importo pari o superiore a 40.000,00 euro;
- c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Con la legge 55/2019 il legislatore ha modificato anche il comma 4 dell'art. 95 prevedendo un'ulteriore ipotesi nella quale occorre utilizzare il criterio qualità/prezzo. La norma, infatti nella sua versione aggiornata, prevede anche per i servizi e forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni sono previste dal mercato (lett. b), che la stazione appaltante debba ricorrere al criterio qualità/prezzo laddove i servizi si configurino come servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi dell'art. 50 del Codice¹⁶.

1.4.1 – Il criterio qualità/prezzo

Nel caso di aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, l'art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016 dispone che i criteri di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto da affidare. In particolare, la stazione appaltante è tenuta ad indicare nei documenti di gara i criteri oggettivi sulla base dei quali la commissione giudicatrice dovrà valutare le offerte ammesse. Tali criteri possono riguardare aspetti qualitativi, ambientali o sociali a condizione che siano pertinenti con l'oggetto dell'appalto.

In generale, nella definizione dei criteri di valutazione delle offerte, le stazioni appaltanti devono tenere conto del settore merceologico cui afferisce l'oggetto del contratto, delle caratteristiche tecniche dei servizi rispondenti alle esigenze dell'amministrazione e di quelle che il mercato di riferimento è in

¹⁶ Per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite devono intendersi, secondo l'ANAC “*quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali*” (cfr. Linee guida n. 2 recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”).

grado di offrire. Nella predisposizione degli atti di gara, inoltre, l'amministrazione è tenuta ad individuare gli elementi che intende valutare, prevedendo il relativo peso o fattore di ponderazione. Ciò vuol dire che i criteri di valutazione devono essere misurabili.

Per la valutazione degli aspetti qualitativi, il legislatore ha individuato alcuni criteri tra i quali vengono in rilievo, ad esempio, il prezzo tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, l'accessibilità per le persone con disabilità, il possesso di certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori (quali OSHAS 18001 o, da marzo 2021, UNI ISO 4500115), il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, le caratteristiche innovative, la commercializzazione e le relative condizioni.

Di particolare interesse è il criterio contenuto nella lett. e) del comma 6 dell'art. 95, riguardante *“l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto”*, quando la qualità del personale possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione, per il quale di seguito si propone uno specifico approfondimento.

FOCUS: GLI ELEMENTI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA DI TIPO SOGGETTIVO

Al fine di evitare il rischio di una possibile commistione tra i requisiti (soggettivi) di partecipazione alla gara e i criteri (oggettivi) di valutazione delle offerte, tale elemento deve essere interpretato avendo a riguardo non già alla pregressa esperienza maturata dall'impresa (c.d. curriculum aziendale), ma all'esperienza riferita, a titolo esemplificativo, al personale della società concorrente chiamato ad eseguire la prestazione contrattuale, sicché il merito tecnico dell'offerta è riferito alla qualità delle risorse umane che l'offerente intende mettere a disposizione nell'esecuzione dell'appalto. L'art. 95, comma 6, lett. e) del d.lgs. 50/2016, infatti, prevede che gli aspetti soggettivi valutabili debbano avere *“un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto”*¹⁷.

In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che l'impiego dell'aggettivo *“significativa”* implica che *“sia dimostrato in modo incontrovertibile che le qualificazioni possedute dal concorrente offrano garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte”*¹⁸.

In sintesi, le esigenze di effettività della concorrenza ed i principi generali di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento impongono che la selezione delle offerte sia effettuata su basi oggettive e che, di conseguenza, i criteri di aggiudicazione non contengano vantaggi di tipo meramente soggettivo (c.d. *“asimmetrie pregiudiziali”*) per singoli operatori economici.

La stazione appaltante può enucleare criteri di valutazione ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore, occorre precisare che essi devono essere idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative

¹⁷ In questo senso, il Consiglio di Stato ha statuito che: *“Nelle procedure di gara relative ad appalti di servizi, il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara, deve essere interpretato nel senso di consentire alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche del concorrente – in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto – possano essere valutate anche per la selezione dell'offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara”* (Cons. St., sez. III, 11 luglio 2018, 4283 e 11 marzo 2019, n. 1635). Anche l'Autorità anticorruzione – ANAC, nelle proprie linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa (delibera n. 2/2016 cit.) evidenzia che la separazione fra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione è ormai divenuta più labile rispetto all'impostazione tradizionale.

¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 611.

delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante¹⁹.

I criteri di valutazioni e i corrispondenti punteggi devono essere strettamente collegati alle prestazioni oggetto della gara e fra di essi non è possibile inserire, sulla base del divieto contenuto all'art 95, comma 14 bis, l'attribuzione di punteggi per prestazioni aggiuntive.

Con tale previsione, come statuito dalla giurisprudenza, si è voluto inserire dei limiti nella individuazione dei criteri da parte delle stazioni appaltanti prevedendo l'impossibilità di attribuire punteggi per prestazioni aggiuntive: come statuito dalla giurisprudenza, infatti:

La disposizione in esame, dunque, non sanziona con l'esclusione dalla gara chi abbia proposto opere aggiuntive rispetto a quelle oggetto di gara, ma si rivolge alla stazione appaltante, precludendo l'attribuzione di un apposito punteggio. Fermo restando la possibilità di introdurre opere aggiuntive in sede di presentazione delle offerte, la finalità del comma 14bis è, dunque, quella di escludere dalla valutazione della commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio quelle opere che rappresentino prestazioni diverse, estranee ed ulteriori rispetto a quelle richieste e indicate nel capitolato speciale²⁰.

Da questa previsione discende la necessità di delimitare il concetto di prestazioni migliorative "consentite" e di prestazioni aggiuntive "non consentite".

I criteri di valutazione devono essere pertinenti con le prestazioni oggetto della gara ed ai fini del rispetto della *par condicio* fra i partecipanti il confronto fra le offerte deve essere fatto sugli stessi parametri. L'art. 95 del d.lgs. 50/2016, recependo l'art. 45 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, prevede al comma 14 la possibilità di autorizzare o esigere la presentazione di "varianti" da parte degli offerenti. Il comma 14 dispone, inoltre, che le stazioni appaltanti indichino nel bando di gara se autorizzano o richiedono varianti: in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti devono essere comunque collegate all'oggetto dell'appalto.

Con tale previsione normativa si consente quindi la possibilità da parte delle stazioni appaltanti di poter richiedere, individuando anche i relativi limiti, proposte di esecuzione delle prestazioni con modalità diverse da quelle previste nell'appalto. Nell'ambito di tale disciplina si collocano le prestazioni migliorative che quindi, negli ambiti e con i limiti previsti dalla stazione appaltante, consistono nella formulazione di proposte di modalità di esecuzione diverse della prestazione. In tal caso nella documentazione di gara occorre indicare su quali aspetti delle prestazioni oggetto della procedura si

¹⁹ "I criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo", ANAC, Linee Guida n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa". Si veda, inoltre, T.A.R. Lazio, sez. I, 25 luglio 2018, n. 8434 il quale ha ritenuto che l'attribuzione di un punteggio fisso, strettamente dipendente dalla circostanza che il concorrente risponda con un "sì" o con un "no", "si presta ad esautorare la valutazione dell'offerta tecnica di ogni contenuto di merito tecnico e progettuale, frustrando la finalità di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo".

²⁰ Tar Molise n. 340/2019, cit.

richiedono la presentazione di offerte migliorative indicando gli elementi sui quali nelle offerte tecniche le imprese dovranno formulare la loro proposta e le modalità di attribuzione del punteggio²¹.

Le offerte aggiuntive vietate si collocano al di fuori delle prestazioni oggetto dell'appalto e attraverso le stesse non si ha miglioramento della qualità complessiva della prestazione, che resta identica nella sua costruzione progettuale, ma viene solo ampliata quantitativamente in alcuni suoi aspetti.

È opportuno precisare che tale norma è finalizzata ad evitare distorsioni della concorrenza nonché ad impedire che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del criterio qualità/prezzo sia eluso attraverso l'offerta di elementi aggiuntivi della prestazione.

Tra i criteri di valutazione possono rientrare, come visto in precedenza, anche i criteri ambientali minimi (CAM), adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare: la stazione appaltante può, infatti, attribuire specifici punteggi se l'offerta contiene condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM, ma anche se gli stessi CAM prevedono specifiche tecniche premianti (appositamente elaborate per le procedure aggiudicate sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo).

Con la legge regionale 18/2019 all'art. 6 sono state dettate delle indicazioni in ordine agli elementi di valutazione dell'offerta prevedendo, fra le altre, che le stazioni appaltanti nella definizione degli elementi di valutazione dell'offerta e in relazione alle caratteristiche dell'appalto, possano tenere conto di *“misure di agevolazione per la partecipazione delle micro e piccole imprese ed effetti in termini di crescita e sviluppo occupazionale”*. Questa previsione si accompagna a quella in precedenza illustrata per facilitare la partecipazione da parte micro e piccole imprese nelle procedure di affidamento, consentendo di valutare il coinvolgimento nell'appalto di tali imprese ai fini di poter contribuire al loro sviluppo attraverso la previsione di un criterio di valutazione *ad hoc*.

Le stazioni appaltanti potrebbero prevedere, in aderenza alla citata disposizione normativa l'attribuzione di un punteggio tecnico agli operatori economici riuniti, ad esempio, che coinvolgono nell'esecuzione delle prestazioni micro e piccole imprese (MPI). Si ritiene necessario precisare che l'attribuzione di un punteggio non debba essere limitato alla *“mera presenza”* di tali imprese all'interno della compagine dell'operatore riunito concorrente (es. mandante di RTI), bensì collegato alla *“rilevanza dei benefici attesi”* connessi *“alle attività svolte dalle MPI”*. La *ratio* di questo criterio risiede sul convincimento del legislatore regionale che le imprese di piccole dimensioni debbano avere un ruolo attivo nell'esecuzione delle commesse pubbliche, non solo per avere giuste e legittime occasioni

²¹ Le Linee Guida n. 2/2016, cit., affermano che le varianti *“devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo”* Il Consiglio di Stato ha statuito che le varianti *“si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante previsione contenuta nel bando di gara ed individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un alind rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione”* (Cons. Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819). Cfr. anche Cons. Stato, V, 7 luglio 2014, n. 3435, nonché, di recente, Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969.

di crescita, ma anche perché possono contribuire a migliorare la qualità dell'erogazione delle prestazioni affidate.

Una siffatta previsione nella documentazione di gara da parte delle stazioni appaltanti, unitamente alla possibilità che micro e piccole imprese, ivi comprese quelle di nuova costituzione (cd imprese start up), possano far parte di raggruppamenti temporanei senza apportare requisiti ai fini della qualificazione rappresenta un contributo alla crescita del tessuto produttivo.

Da ultimo si invitano le stazioni appaltanti, nel caso di procedure di gara suddivise in lotti, a valutare l'opportunità di inserire vincoli di aggiudicazione, e relative misure antielusive, unitamente a criteri premianti per il coinvolgimento di micro e piccole imprese nell'esecuzione dell'appalto. Per esemplificare, se in una procedura di gara, suddivisa in lotti territoriali, è previsto un vincolo di aggiudicazione, con contestuale obbligo per i raggruppamenti temporanei di mantenere la medesima composizione soggettiva in caso di partecipazione a più lotti (misura antielusiva), può verificarsi l'impossibilità per una MPI di entrare nella compagine di un raggruppamento temporaneo poiché non in grado di eseguire prestazioni, magari per limitazioni dimensionali proprie, oltre un certo e limitato ambito territoriale: l'inserimento di un criterio premiante per il coinvolgimento di micro e piccole imprese nell'esecuzione dell'appalto diverrebbe non realizzabile e concretizzerebbe, dunque, una contraddittorietà della legge di gara con possibili conseguenze negative sull'intera procedura di scelta del contraente. Occorre pertanto che le stazioni appaltanti valutino gli effetti dell'esercizio del potere discrezionale loro riconosciuto dalla vigente normativa in materia di contratti pubblici.

Per maggiore completezza si riportano alcune informazioni pratiche circa l'individuazione dei criteri e sub criteri di valutazione e della relativa ponderazione.

FOCUS: I CRITERI E SUB CRITERI DI VALUTAZIONE E LA RELATIVA PONDERAZIONE. I CRITERI MOTIVAZIONALI

I criteri di valutazione sono le componenti dell'offerta di cui la stazione appaltante tiene conto per la propria valutazione; sono variabili in relazione al tipo di appalto ed alla natura dell'intervento. I criteri sono suddivisibili in due tipologie: di natura qualitativa - e, quindi, soggetti a valutazione discrezionale da parte della commissione di gara - oppure di natura quantitativa (ad esempio il prezzo, il tempo, il numero) e, dunque soggetti a calcolo numerico.

I sub criteri sono disaggregazione del criterio negli aspetti ritenuti più essenziali, costituiscono uno strumento operativo per esprimere la valutazione dell'offerta nei riguardi di un determinato criterio.

I pesi o fattori di ponderazione sono i dati numerici che esprimono l'importanza che la stazione appaltante attribuisce a ciascun criterio di valutazione.

I criteri motivazionali si riferiscono ai criteri o ai sub criteri di valutazione e rappresentano il percorso logico argomentativo che dovrà essere seguito dai commissari

per effettuare la valutazione dell'offerta. In sintesi, attraverso la puntuale definizione dei criteri motivazionali da parte della stazione appaltante:

1. i concorrenti vengono a conoscenza dell'iter logico argomentativo e degli elementi che saranno tenuti a riferimento dalla commissione giudicatrice per la valutazione: es. per valutare una determinata proposta in termini di efficacia, la stazione appaltante deve individuare il percorso logico e gli argomenti/elementi che permettono di considerare la proposta stessa efficace o meno;

2. si indirizza la valutazione operata dai membri della commissione giudicatrice e si definisce l'ambito della discrezionalità nei giudizi.

I coefficienti o valori di giudizio sono i voti assegnati in concreto dai commissari a ciascuna offerta per ciascun elemento/criterio o sub elemento/sub criterio di valutazione secondo la metodologia prescelta nei documenti di gara.

I punteggi sono il risultato finale, ovverosia il numero di punti sul totale a disposizione della commissione, sulla base dei quali viene redatta la graduatoria finale.

La ponderazione è l'utilità che il singolo elemento di valutazione riveste per la stazione appaltante rispetto alla totalità degli elementi di valutazione dell'offerta per quello specifico appalto.

Per la valutazione delle offerte tecniche possono essere individuati criteri per i quali la commissione opera una valutazione discrezionale sulla base dei criteri motivazionali stabiliti nel disciplinare di gara e criteri a valutazione automatica per i quali la valutazione è attribuita sulla base di formule o modalità prestabilite. Tra questi rientrano i criteri di valutazione che comportano l'attribuzione di "punteggi tabellari", ovverosia punteggi fissi e predefiniti attribuiti o non attribuiti in ragione della offerta o mancata offerta di quanto specificatamente richiesto a tal fine nella documentazione di gara.

In entrambi i casi si richiama l'attenzione a quanto detto in precedenza ovverosia alla necessità che i criteri siano idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della maggiore rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. Nel caso di criteri a valutazione automatica si suggerisce, poi, di impostare gli stessi in modo da non predeterminare già il contenuto dell'offerta ed il corrispondente punteggio al fine di lasciare all'operatore economico la scelta sul contenuto dell'offerta.

Si evidenzia, infine, la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio che i concorrenti devono raggiungere su uno o più criteri di valutazione oppure sul punteggio tecnico complessivo (art. 95, comma 8) e l'opportunità di procedere alla c.d. "riparametrazione".

FOCUS: LE SOGLIE DI SBARRAMENTO E LA RIPARAMETRAZIONE

Le soglie di sbarramento si hanno quando la stazione appaltante prevede che i concorrenti devono raggiungere su uno o più criteri di valutazione ovvero sul punteggio tecnico complessivo (art. 95, comma 8) una soglia minima di punteggio. In linea generale, è con riferimento ai criteri qualitativi che la soglia può essere un utile strumento, soprattutto nei servizi, se la stazione appaltante intende respingere offerte, anche molto economiche, ma che non rispettano certi standard di qualità o efficienza. La stazione

appaltante può, ad esempio, predeterminare una soglia minima qualitativa del criterio relativo alle caratteristiche metodologiche dell'offerta, prevedendo nel bando che, se tale soglia non è raggiunta, non procederà alla valutazione degli altri elementi dell'offerta e considererà escluso il concorrente dalla gara. In tal modo, l'aggiudicazione non può conseguire ad una qualificazione elevatissima sotto un solo profilo ma carente completamente sotto gli ulteriori aspetti valorizzati in sede di determinazione dei criteri valutativi²². Particolare attenzione deve essere posta nella determinazione della soglia: un valore troppo basso, infatti, potrebbe vanificarne gli effetti, mentre un valore troppo alto potrebbe portare all'esclusione di offerte tecniche adeguate.

Le stazioni appaltanti dovrebbero, inoltre, prevedere nei bandi di gara la c.d. "riparametrazione" dei singoli punteggi tecnici: tale istituto è finalizzato ad evitare l'alterazione dei pesi stabiliti tra i vari criteri e si applica se nel singolo criterio nessun concorrente ottiene il punteggio massimo.

La c.d. "riparametrazione" si applica ai criteri di natura qualitativa nonché a quei criteri di natura quantitativa, la cui formula non consenta la distribuzione del punteggio massimo. La stazione appaltante assegna al concorrente che ha ottenuto il punteggio più alto su un singolo criterio il punteggio massimo previsto per lo stesso e alle altre offerte un punteggio proporzionale decrescente.

La riparametrazione "sul singolo criterio", infatti, consente di ottenere il punteggio massimo in relazione al singolo criterio oggetto di riparametrazione e di premiare, quindi, la reale miglior qualità laddove veramente offerta, evitando di compensare carenze in alcune parti dell'offerta con pregi in altre.

La stazione appaltante può eventualmente prevedere anche la riparametrazione del punteggio tecnico complessivo, c.d. "doppia riparametrazione"²³, la quale consiste nell'operazione matematica in virtù della quale, una volta individuata l'offerta migliore sotto il profilo tecnico, ad essa si attribuisce, in luogo del punteggio derivante dalla rigida applicazione dei singoli criteri di valutazione, il punteggio massimo previsto nei documenti di gara.

In tal modo, la stazione appaltante persegue l'intento di evitare effetti distorsivi sul punteggio finale complessivo, che potrebbero derivare dalla necessaria attribuzione del maggiore punteggio previsto per la valutazione del profilo economico all'offerta che abbia proposto il maggior ribasso, alla quale potrebbe fare da contrappeso l'assegnazione del massimo voto attribuibile all'aspetto qualitativo all'offerta risultata la migliore sotto tale profilo²⁴.

È opportuno trattare brevemente il rapporto tra soglia di sbarramento e soglia di anomalia con la riparametrazione:

1) se il bando di gara prevede sia una soglia di sbarramento su un criterio tecnico sia la riparametrazione sul criterio, per individuare se un'offerta, in relazione al parametro tecnico, raggiunga o meno la soglia di sbarramento, va considerato il punteggio ottenuto

²² La giurisprudenza ha ritenuto legittima l'individuazione di una c.d. soglia di sbarramento, prevedente un livello qualitativo minimo per il punteggio che le offerte tecniche devono ottenere in ordine a determinati criteri poiché finalizzata a garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con l'effetto di comportare l'esclusione di una proposta in ragione della sua non conformità a determinati standard minimi fissati in sede di *lex specialis*. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 22 luglio 2019, n. 9781 e Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 31; 23 luglio 2015, n. 3649; 28 agosto 2014, n. 4430.

²³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716: "L'opportunità della riparametrazione assolve all'esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo e i singoli elementi che compongono la qualità in modo che, in relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte".

²⁴ La giurisprudenza ha ritenuto legittimo l'applicazione del suddetto correttivo nella logica dell'affidamento mediante offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia per poterlo applicare, la stazione appaltante "dovrà averlo previsto nella *lex specialis* (Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018, n. 1845) non potendo la riparametrazione essere stabilita dalla Commissione in sede di gara.

(anche sulla base della somma dei punteggi sui sub criteri) precedente alla riparametrazione;

2) se il bando di gara prevede sia una soglia di sbarramento sul punteggio tecnico complessivo sia la c.d. “doppia riparametrazione”, per individuare se un’offerta, in relazione al punteggio tecnico complessivo, raggiunga o meno la soglia di sbarramento, va considerato il punteggio tecnico complessivo ottenuto precedente alla c.d. “doppia riparametrazione”;

3) se il bando di gara prevede la c.d. “doppia riparametrazione”, per individuare se un’offerta, in relazione al parametro tecnico, superi o meno la soglia di anomalia, va considerato il punteggio ottenuto tramite la riparametrazione sui singoli criteri, precedente al punteggio ottenuto tramite la c.d. “doppia riparametrazione”.

La stazione appaltante nel disciplinare di gara avrà cura di indicare l’operatività delle soglie di sbarramento e di anomalia, come sopra esemplificate, rispetto alla riparametrazione dei punteggi.

Nell’ottica di chiarire quanto esposto, si presenta di seguito un esempio numerico. Supponiamo che la stazione appaltante abbia previsto negli atti di gara l’attribuzione dei seguenti punteggi sulla base di criteri discrezionali di valutazione dell’offerta tecnica:

Tabella dei criteri discrezionali (D) di valutazione dell’offerta tecnica

N°	CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI MAX		SUB-CRITERI DI VALUTAZIONE	CRITERI MOTIVAZIONALI	PUNTI D MAX
1	Criterio 1	50	1.1	Sub-criterio 1.1	18
			1.2	Sub-criterio 1.2	22
			1.2	Sub-criterio 1.3	10
2	Criterio 2	30			30
	Totale	80				80

Supponiamo inoltre che la stazione appaltante nella scelta del metodo di attribuzione discrezionale del coefficiente variabile da zero ad uno abbia disciplinato quanto segue:

“A ciascuno degli elementi qualitativi cui è assegnato un punteggio discrezionale nella colonna “D” della tabella, è attribuito un coefficiente sulla base del metodo di attribuzione discrezionale del coefficiente variabile da zero ad uno.

La Commissione giudicatrice determina i coefficienti $V(a)_i$ nel seguente modo:

- relativamente al criterio 1) attribuendo il coefficiente 1 all’offerta che ha ottenuto la somma dei punteggi attribuiti per i rispettivi sub criteri più alta e assegnando alle altre offerte un coefficiente (con approssimazione alla terza cifra decimale) calcolato in proporzione. Per l’assegnazione del punteggio di ciascun sub criterio relativo ai criteri 1) si procede a trasformare la media (con approssimazione alla terza cifra decimale) dei valori compresi tra 0 e 1 (con un massimo di due cifre decimali) attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari ad ogni offerta, attribuendo il coefficiente provvisorio 1 alla media aritmetica più alta e proporzionando

a tale media massima (con approssimazione alla terza cifra decimale) le medie provvisorie prima calcolate. Quindi si procede a moltiplicare i coefficienti così calcolati per il punteggio massimo del relativo sub criterio.

- relativamente al criterio 2), attraverso la trasformazione della media aritmetica (con approssimazione alla terza cifra decimale) dei valori compresi tra 0 e 1 (con un massimo di due cifre decimali) attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari ad ogni offerta in coefficienti definitivi, riportando ad 1 la media più alta e proporzionando a tale media massima (con approssimazione alla terza cifra decimale) le medie provvisorie prima calcolate.

Relativamente a ciascun sub criterio 1.1), 1.2), 1.3) e relativamente al criterio 2) ogni commissario per l'attribuzione dei valori compresi tra 0 e 1 esprimerà un giudizio discrezionale cui corrisponde un valore secondo quanto di seguito riportato:

Giudizio	Valore
Ottimo	da 0,81 a 1
Distinto	da 0,61 a 0,80
Buono	da 0,41 a 0,60
Discreto	da 0,21 a 0,40
Sufficiente	da 0,01 a 0,20
Insufficiente	0

Metodo per il calcolo dei punteggi

La commissione, terminata l'attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e quantitativi, procederà, in relazione a ciascuna offerta, all'attribuzione dei punteggi per ogni singolo criterio, al fine di coniugare i principi di efficienza e celerità nell'affidamento dei contratti pubblici, secondo il metodo aggregativo compensatore.

Il punteggio è dato dalla seguente formula:

$$C(a) = \sum_n [W_i * V(a)_i]$$

Dove

$C(a)$ = indice di valutazione dell'offerta (punteggio complessivo) dell'offerta (a);

n = numero totale dei requisiti;

W_i = punteggio attribuito al requisito (i);

$V(a)_i$ = coefficiente della prestazione dell'offerta (a) rispetto al requisito (i) variabile tra zero e uno;

\sum_n = sommatoria

Il risultato del prodotto $[W_i * V(a)_i]$ viene arrotondato per eccesso/difetto alla seconda cifra decimale.

Al fine di non alterare i pesi stabiliti tra i vari criteri, se nel punteggio tecnico complessivo nessun concorrente ottiene il punteggio massimo, tale punteggio viene nuovamente riparametrato [II riparametrazione].”

Nella tabella sono indicati i coefficienti assegnati discrezionalmente alle tre offerte dai commissari X, Y e Z a ciascun subcriterio 1.1), 1.2) e 1.3) e al criterio 2) con la relativa media; ad esempio la media dei coefficienti assegnati all’offerente A per il subcriterio 1.1) è pari a 0,433 (arrotondato per eccesso alla terza cifra decimale):

sub-criterio/criterio	OFFERTA A				OFFERTA B				OFFERTA C			
	comm. x	comm. y	comm. z	media	comm. x	comm. y	comm. z	media	comm. x	comm. y	comm. z	media
1.1)	0,39	0,46	0,45	0,433	0,36	0,32	0,29	0,323	0,44	0,37	0,43	0,413
1.2)	0,20	0,25	0,30	0,250	0,27	0,25	0,33	0,283	0,45	0,41	0,54	0,467
1.3)	0,15	0,23	0,33	0,237	0,39	0,41	0,36	0,387	0,72	0,82	0,62	0,720
2)	0,68	0,66	0,71	0,683	0,51	0,63	0,70	0,613	0,11	0,22	0,25	0,193

Per ciascun subcriterio 1.1), 1.2) e 1.3), la Commissione assegna il coefficiente 1 (uno) all’offerta con la media dei coefficienti più alta e alle altre offerte assegna un coefficiente proporzionato alla media (arrotondato alla terza cifra decimale); ciascun coefficiente viene poi moltiplicato per il punteggio massimo previsto per ciascun subcriterio per determinare il punteggio di ciascuna offerta (con due cifre decimali).

Di seguito si riporta un esempio per il sub-criterio 1.1):

Subcriterio 1.1)	media	coeff V(a)i	punteggio
Offerta A	0,433	1	18,00
Offerta B	0,323	0,746	13,43
Offerta C	0,413	0,954	17,17

Al termine dell’operazione per tutti i subcriteri, la Commissione somma i punteggi ottenuti da ciascuna offerta per i diversi subcriteri per determinare il punteggio complessivo di ciascuna offerta per il criterio 1):

criterio	offerta A	offerta B	offerta C
1	33,07	32,16	49,17

Poiché nessuna offerta ha ottenuto il punteggio massimo previsto per il criterio 1) ovvero 50 punti, la Commissione assegna il coefficiente 1 (uno) all’offerta con la somma dei punteggi più alta e alle altre

offerte assegna un coefficiente proporzionato a tale somma (arrotondato alla terza cifra decimale), determinando così il punteggio riparametrato per il criterio 1):

	punteggio originario criterio 1	coeff V(a)i	riparametrazione criterio 1
Offerta A	33,07	0,673	33,63
Offerta B	32,16	0,654	32,70
Offerta C	49,17	1	50,00

Per il criterio 2), la Commissione assegna il coefficiente 1 (uno) all'offerta con la media dei coefficienti più alta e alle altre offerte assegna un coefficiente proporzionato alla media (arrotondato alla terza cifra decimale); ciascun coefficiente viene poi moltiplicato per il punteggio massimo previsto per il criterio per determinare il punteggio di ciascuna offerta (con due cifre decimali):

Criterio 2	media	coeff V(a)i	punteggio
Offerta A	0,683	1	30,00
Offerta B	0,613	0,898	26,93
Offerta C	0,193	0,283	8,49

Al punteggio ottenuto da ciascuna offerta sul criterio 2), la Commissione somma il punteggio riparametrato per il criterio 1):

	punteggio criterio 1 dopo riparametrazione	punteggio criterio 2	somma punteggio criterio 1 + criterio 2
Offerta A	33,63	30,00	63,63
Offerta B	32,70	26,93	59,63
Offerta C	50,00	8,49	58,49

Poiché nessuna offerta ha ottenuto il massimo del punteggio previsto (80 punti), la Commissione procede alla seconda riparametrazione, determinando il punteggio finale della parte tecnica:

	somma punteggio criterio 1 + criterio 2	coeff V(a)i	punteggio totale dopo II riparametrazione
Offerta A	63,63	1	80,00
Offerta B	59,63	0,937	74,97
Offerta C	58,49	0,919	73,53

Da notare che, mentre il punteggio assegnato alle tre offerte dopo la riparametrazione del criterio 1) rimane al di sotto della soglia dei 4/5 per il calcolo dell'anomalia ($64 = 4/5$ di 80 punti), il punteggio dopo la seconda riparametrazione supera per tutte e tre le offerte tale soglia.

1.4.2 - I criteri di valutazione quantitativi

Ai sensi dell'art. 95, comma 7, del d.lgs. 50/2016 la valutazione dell'elemento economico dell'offerta può avvenire in termini di prezzo o di costo, ricorrendo a un approccio basato sui costi del ciclo di vita.

Il criterio del costo, quale costo del ciclo di vita, consente di apprezzare tutti i costi connessi alle varie fasi del ciclo di vita dei servizi e di procedere ad una valutazione complessiva dell'impatto economico degli stessi, nonché ad una valutazione dei costi che più direttamente ricadono sulla stazione appaltante.

Il criterio del prezzo, invece, consente di apprezzare il corrispettivo previsto nell'ambito dell'offerta, quale indice sintetico e diretto dei profili economici dell'offerta.

L'art. 95, comma 7, del d.lgs. 50/2016 prevede, inoltre, la possibilità di competere solo sulla qualità quando l'elemento relativo al costo assume la forma di un prezzo o costo fisso²⁵.

1.4.3 - I criteri di valutazione quantitativi: formule e simulazioni

Per quanto concerne gli elementi di natura quantitativa, quali il prezzo, nei bandi è fissato il prezzo massimo che la stazione appaltante intende sostenere (non sono ammesse offerte al rialzo, ai sensi dell'art. 59, comma 4, lett. c) del d.lgs. 50/2016 e i concorrenti propongono sconti rispetto a tale prezzo. Il punteggio minimo, pari a zero, è attribuito all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, mentre il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore.

L'art. 95, comma 10-bis prescrive, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo e valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, che la stazione appaltante stabilisca un tetto massimo attribuibile al punteggio economico, entro il limite del 30 per cento.

La valutazione dei criteri di natura quantitativa, compreso il prezzo, avviene attraverso i metodi di assegnazione dei coefficienti riportati nelle Linee Guida n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"²⁶: metodo dell'interpolazione lineare, metodo bilineare, formule non lineari, formule indipendenti. Si sottolinea che la stazione appaltante è del tutto libera di scegliere uno dei criteri indicati nelle Linee guida n. 2/2016.

²⁵ ANAC, nelle Linee guida n. 2, invita le amministrazioni, se non c'è una norma che stabilisce la remunerazione di servizi specifici, ad adottare "particolari cautele al riguardo, valutando con attenzione le modalità di calcolo o stima del prezzo o costo fisso. Ciò al fine di evitare che il prezzo sia troppo contenuto per permettere la partecipazione di imprese corrette o troppo elevato, producendo danni per la stazione appaltante".

²⁶ Si veda <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ContrattiPubblici/LineeGuida/lineeGuida2>. Le linee guida n. 2 sono state approvate con delibera del 21 settembre 2016, n. 1005 e aggiornate al d. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del 2 maggio 2018, n. 424.

La scelta dei meccanismi di valutazione deve scaturire, in ogni caso, da un'analisi, da parte della stazione appaltante, dei propri fabbisogni ed obiettivi, delle proprie esperienze pregresse e del contesto di mercato di riferimento. In ogni caso, al valore più favorevole (nel caso del prezzo: ribasso massimo o prezzo minimo) deve corrispondere il coefficiente pari ad uno ed al valore meno favorevole (nel caso del prezzo: ribasso zero o prezzo posto a base di gara) deve corrispondere il coefficiente pari a zero.

La giurisprudenza ha, in diverse occasioni, confermato che le formule devono essere tali da rendere possibile l'attribuzione dell'intero *range* dei punteggi, variabile da zero al massimo fissato nel bando. Quindi, le formule devono essere costruite in modo tale da garantire che si possano attribuire i pesi fissati nel bando²⁷.

Si riportano alcune modalità di calcolo dei punteggi economici.

1 – Interpolazione lineare (cfr. Linee guida ANAC n°2/2016 par. IV)

La Linea Guida ANAC n. 2/2016 al par. IV descrive l'interpolazione lineare come segue:

$$P_i = P_{max} * R_i / R_{max}$$

dove:

- ***P_{max}*** = *punteggio economico massimo*
- ***R_i*** = *ribasso percentuale offerto dal concorrente i-esimo*
- ***R_{max}*** = *ribasso massimo offerto dai concorrenti*
- ***P_i*** = *punteggio assegnato al concorrente i-esimo*

Quando il concorrente non effettua alcuno sconto, R_i assume il valore 0 (zero), così come il coefficiente R_i/R_{max} ; mentre per il concorrente che offre lo sconto maggiore, il coefficiente R_i/R_{max} assume il valore 1 (uno). Tale coefficiente andrà poi moltiplicato per il punteggio massimo attribuibile fissato dalla stazione appaltante nei documenti di gara.

Un esempio numerico chiarisce il funzionamento del calcolo del coefficiente e dell'attribuzione del relativo punteggio. Attraverso l'esempio si evidenzia pure che ad uno stesso ribasso percentuale offerto in gare diverse viene attribuito un coefficiente diverso a seconda del ribasso massimo offerto.

²⁷ Cfr. Cons. St. sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5583 che ha affermato che: “la legge matematica o funzione di utilità secondo la quale possono variare tutti i coefficienti (percentuali dei pesi), (...). di norma, fatto salvo che non siano di tipo sperimentale o scientifico, debbono essere dello stesso tipo, in quanto i coefficienti (percentuali del peso) devono variare nello stesso modo, altrimenti non sarebbe rispettata l'importanza relativa che il committente ha assegnato ad ogni elemento di valutazione”.

La tabella 1 mostra tre possibili gare. Nella prima gara (Gara 1), il ribasso massimo è pari al 2%. Nella Gara 2 e 3 i ribassi massimi sono rispettivamente del 11% e del 21%. In tutte e tre le gare ipotizzate il punteggio massimo è pari a 30. La colonna del punteggio è calcolata moltiplicando il coefficiente V_i ($=R_i/R_{max}$) per il punteggio massimo attribuibile (30 punti).

Tabella 1 - Formula con interpolazione lineare (cfr. Linee Guida Anac n. 2/2016, par. IV)

Gara n. 1				Gara n. 2				Gara n. 3			
Offerente	Ribasso	$V_i = R_i/R_{max}$	Punteggio	Offerente	Ribasso	$V_i = R_i/R_{max}$	Punteggio	Offerente	Ribasso	$V_i = R_i/R_{max}$	Punteggio
A	0,00%	0,00	0,00	A	0,00%	0,00	0,00	A	0,00%	0,00	0,00
B	0,30%	0,15	4,50	B	0,30%	0,03	0,82	B	0,30%	0,01	0,41
C	1,00%	0,50	15,00	C	10,25%	0,93	27,95	C	21,25%	0,97	28,98
D	1,50%	0,75	22,50	D	10,50%	0,95	28,64	D	21,50%	0,98	29,32
E	2,00%	1,00	30,00	E	11,00%	1,00	30,00	E	22,00%	1,00	30,00

Tale metodo di calcolo presenta **l'inconveniente di condurre a differenze di punteggio elevate anche a fronte di scarti in valore assoluto limitati**; ciò si verifica quando il ribasso massimo rispetto al prezzo a base di gara è contenuto; **accentua inoltre la concorrenza, inducendo a formulare offerte aggressive**.

Come si vede dalla Tabella n. 2, a fronte di una differenza di 500,00 euro tra l'offerta del concorrente D e E, nella Gara 1 la differenza in termini di punteggio è di soli 0,25 punti mentre nella Gara 2 è di 15 punti; questa marcata differenza tra la Gara 1 e la Gara 2 è dovuta al contenuto ribasso massimo nella Gara 2 rispetto al prezzo a base di gara.

Tabella 2 - Interpolazione lineare (cfr. Linee guida ANAC n°2/2016 par. IV)

GARA 1				GARA 2		
Offerente	prezzo offerto	ribasso %	punteggio	prezzo offerto	ribasso %	punteggio
A	€ 250.000,00	0,00	0,00	€ 250.000,00	0,00	0,00
B	€ 235.000,00	6,00	7,50	€ 249.900,00	0,04	3,00
C	€ 215.000,00	14,00	17,50	€ 249.800,00	0,08	6,00
D	€ 190.500,00	23,80	29,75	€ 249.500,00	0,20	15,00
E	€ 190.000,00	24,00	30,00	€ 249.000,00	0,40	30,00

2 – Bilineare (cfr. Linee guida ANAC n. 2/2016, par. IV)

È possibile attenuare gli inconvenienti dell'interpolazione lineare sopra descritta utilizzando il metodo c.d. bilineare.

Il calcolo dei coefficienti si effettua considerando un valore soglia rappresentato dalla media dei diversi ribassi offerti al di sopra del quale si ottiene un abbattimento dell'incremento del punteggio. Il punteggio corrispondente al valore soglia in proporzione al punteggio massimo, pari a 1, può assumere i valori di 0,8 o 0,85 o 0,9.

La Linea Guida ANAC n. 2/2016 al par. IV descrive la formula biliniare (retta spezzata) come segue:

$$P_i = C_i * P_{max}$$

$$C_i \text{ (per } A_i \leq A_{soglia}) = X * \frac{A_i}{A_{soglia}}$$

$$C_i \text{ (per } A_i > A_{soglia}) = X + (1 - X) * \left(\frac{(A_i - A_{soglia})}{(A_{max} - A_{soglia})} \right)$$

dove:

- **C_i** = coefficiente attribuito al concorrente *i*-esimo
- **A_i** = valore dell'offerta (ribasso) del concorrente *i*-esimo
- **A_{soglia}** = media aritmetica dei valori delle offerte (ribasso sul prezzo) dei concorrenti
- **X** = 0,80 oppure 0,85 oppure 0,90 (indicare nei documenti di gara quale delle tre percentuali va applicata)
- **A_{max}** = valore dell'offerta (ribasso) più conveniente
- **P_i** = punteggio assegnato al concorrente *i*-esimo
- **P_{max}** = punteggio economico massimo

La formula così congegnata attribuisce, rispetto alla formula R_i/R_{max} , punteggi più elevati, raggiungendo l'80%, o l'85% o il 90% del peso in corrispondenza del valore soglia (media delle offerte).

Al fine di orientare la scelta delle stazioni appaltanti, occorre evidenziare che l'utilizzo di un coefficiente X pari a 0,80 o 0,85 determina la conseguenza di aumentare l'importanza dell'elemento prezzo. Per questo motivo è consigliabile utilizzare il coefficiente X pari a 0,90.

La tabella n. 3 che segue mostra, con i valori di offerta della tabella n. 1, i coefficienti ed i punteggi calcolati con la formula bilineare, considerando un parametro X pari a 0,9.

Tabella 3 - Formula bilineare (cfr. Linee Guida Anac n. 2/2016, par. IV)

Gara n. 1				Gara n. 2				Gara n. 3			
Offerente	Ribasso	Ci	Punteggio	Offerente	Ribasso	Ci	Punteggio	Offerente	Ribasso	Ci	Punteggio
A	0,00%	0,00	0,00	A	0,00%	0,00	0,00	A	0,00%	0,00	0,00
B	0,30%	0,28	8,44	B	0,30%	0,04	1,26	B	0,30%	0,02	0,62
C	1,00%	0,90	27,12	C	10,25%	0,98	29,51	C	21,25%	0,99	29,75
D	1,50%	0,95	28,56	D	10,50%	0,99	29,67	D	21,50%	0,99	29,83
E	2,00%	1,00	30,00	E	11,00%	1,00	30,00	E	22,00%	1,00	30,00

Il vantaggio della formula bilineare è quello di **scoraggiare offerte con ribassi eccessivi** (poiché ricevono un punteggio incrementale ridotto) **e di limitare l'inconveniente**, evidenziato per il metodo dell'interpolazione lineare, **di valorizzare eccessivamente differenze contenute in termini di prezzo**. Lo svantaggio è, naturalmente, la limitazione di una concorrenza basata sul prezzo.

3 – Interpolazione non lineare (cfr. Linee guida ANAC n°2/2016 par. IV)

La Linea Guida ANAC n. 2/2016 al par.IV descrive la formula non lineare come segue:

$$V_i = \left(\frac{R_i}{R_{max}} \right)^\alpha$$

Dove:

- R_i = ribasso offerto dal concorrente i -esimo
- R_{max} = ribasso dell'offerta più conveniente
- α = coefficiente > 0

È essenziale la scelta del coefficiente α , in relazione all'obiettivo perseguito:

- per valori di α compresi tra 0 e 1, la formula fornisce curve concave verso il basso, scoraggiando i ribassi più elevati;
- per valori di $\alpha > 1$ la formula fornisce curve concave verso l'alto (o convesse), premiando i ribassi più alti e creando maggiore concorrenza sul prezzo;
- la medesima formula con $\alpha = 1$ restituisce i medesimi risultati di una formula lineare.

Le tabelle sottostanti mostrano, con i ribassi utilizzati nelle tabelle precedenti, le diverse situazioni che possono presentarsi con valori di α pari a 0,3 / 0,8 e 3.

Tabella 4 - Formula non lineare (cfr. Linee Guida Anac n. 2/2016, par. IV) con coeff. α pari a 0,3

Gara n. 1				Gara n. 2				Gara n. 3			
Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio
A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00
B	0,30%	0,566	16,98	B	0,30%	0,339	10,18	B	0,30%	0,276	8,27
C	1,00%	0,812	24,37	C	10,25%	0,979	29,37	C	21,25%	0,990	29,69
D	1,50%	0,917	27,52	D	10,50%	0,986	29,58	D	21,50%	0,993	29,79
E	2,00%	1,000	30,00	E	11,00%	1,000	30,00	E	22,00%	1,000	30,00

Tabella 5 - Formula non lineare (cfr. Linee Guida Anac n. 2/2016, par. IV) con coeff. α pari a 0,8

Gara n. 1				Gara n. 2				Gara n. 3			
Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio
A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00
B	0,30%	0,219	6,58	B	0,30%	0,056	1,68	B	0,30%	0,032	0,97
C	1,00%	0,574	17,23	C	10,25%	0,945	28,35	C	21,25%	0,973	29,18
D	1,50%	0,794	23,83	D	10,50%	0,963	28,90	D	21,50%	0,982	29,45
E	2,00%	1,000	30,00	E	11,00%	1,000	30,00	E	22,00%	1,000	30,00

Tabella 6 - Formula non lineare (cfr. Linee Guida Anac n. 2/2016, par. IV) con coeff. α pari a 3²⁸

Gara n. 1				Gara n. 2				Gara n. 3			
Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio
A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00
B	0,30%	0,003	0,10	B	0,30%	0,000	0,00	B	0,30%	0,000	0,00
C	1,00%	0,125	3,75	C	10,25%	0,809	24,27	C	21,25%	0,901	27,04
D	1,50%	0,422	12,66	D	10,50%	0,870	26,09	D	21,50%	0,933	28,00
E	2,00%	1,000	30,00	E	11,00%	1,000	30,00	E	22,00%	1,000	30,00

Se le amministrazioni utilizzano la formula non lineare, possono decidere di scegliere un valore di α a seconda dell'obiettivo che si intende perseguire. Se, ad esempio, non si vogliono "premiare" eccessivamente ribassi alti, le amministrazioni possono scegliere un valore di α più vicino allo zero.

²⁸ Su START l'esponente α deve essere compreso tra 0,01 e 3: il limite massimo a 3 è giustificato dal fatto che con esponenti più alti la differenza di punteggio tra offerte "vicine" è apprezzabile solo a partire da un numero di decimali molto elevato.

Tabella 7 - Formula non lineare (cfr. Linee Guida Anac n. 2/2016, par. IV) con coeff. α pari a 0,3/0,8/3

Gara n. 3 - alfa 0,3				Gara n. 3 - alfa 0,8				Gara n. 3 - alfa			
Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio	Offerente	Ribasso	Vi	Punteggio
A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00	A	0,00%	0,000	0,00
B	0,30%	0,276	8,27	B	0,30%	0,032	0,97	B	0,30%	0,000	0,00
C	21,25%	0,990	29,69	C	21,25%	0,973	29,18	C	21,25%	0,901	27,04
D	21,50%	0,993	29,79	D	21,50%	0,982	29,45	D	21,50%	0,933	28,00
E	22,00%	1,000	30,00	E	22,00%	1,000	30,00	E	22,00%	1,000	30,00

Dalla Tabella 7 si vede come in corrispondenza dei ribassi del 21,25% e 21,50%, la differenza tra il punteggio assegnato al concorrente D rispetto a quello assegnato al concorrente C aumenta da 0,1 a 0,96 passando da α pari a 0,3 ad α pari a 3.

4 - Proporzionalità inversa

Si riporta la descrizione della formula con la precisazione che essa **non rispetta il principio espresso nelle Linee Guida Anac n. 2/2016 di attribuire il punteggio minimo, pari a zero, all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara.**

Nella proporzionalità inversa l'offerta di ciascun concorrente viene messa in relazione inversamente proporzionale all'offerta migliore.

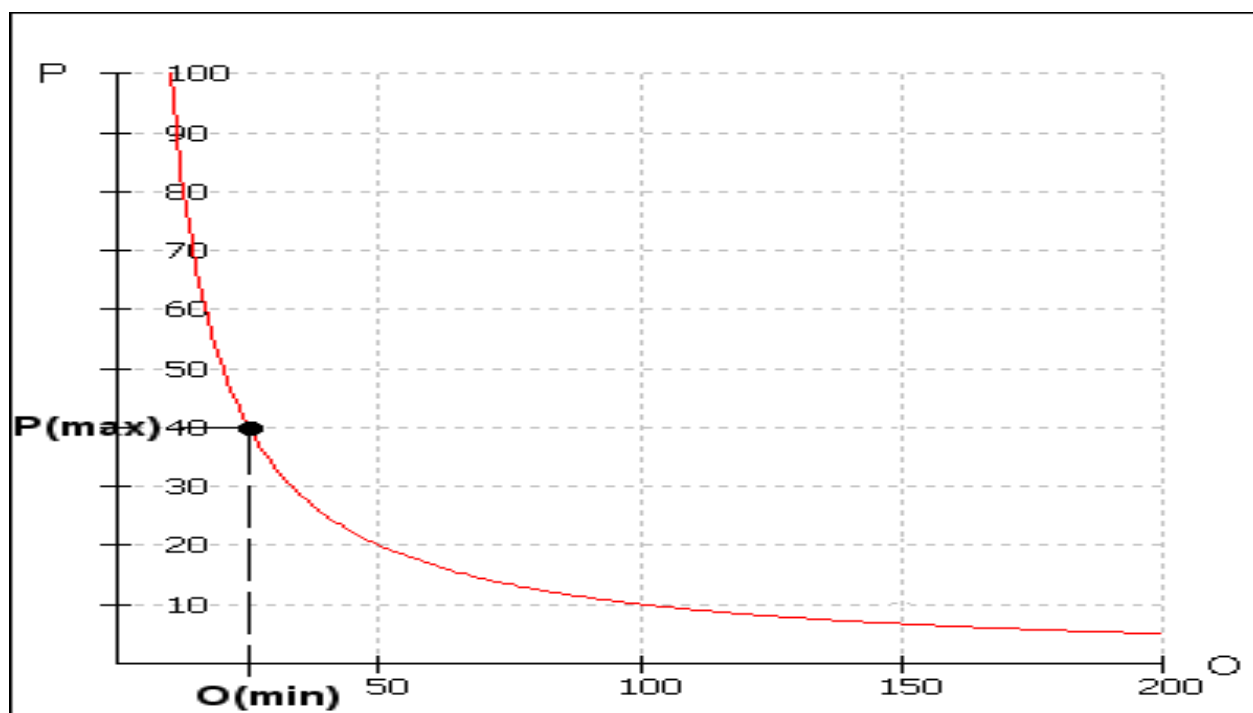
Si ha garanzia di proporzionalità delle valutazioni economiche, ma non della loro omogeneità, dal momento che il rapporto non è lineare.

$$P_i = \frac{O_{min}}{O_i} \cdot P_{max}$$

dove:

- O_i = l'offerta economica del concorrente *i*-esimo
- O_{min} = l'offerta economica più bassa
- P_i = il punteggio assegnato all'offerta economica del concorrente *i*-esimo
- P_{max} = punteggio economico massimo.

Il grafico dei punteggi in funzione delle offerte è rappresentato da un'iperbole equilatera.



Anche nel caso del ribasso percentuale il sistema valuterà correttamente l'offerta applicando la formula :

$$PE = (BA - (R_{max} \cdot BA)) / (BA - (R_i \cdot BA)) \cdot PE_{max} =$$

$$P_i = \frac{O_{min}}{O_i} \cdot P_{max}$$

dove:

PE= punteggio economico

PE_{max}= punteggio economico massimo

BA= base d'asta

R_{max}= ribasso massimo espresso in percentuale (%)

R_i= ribasso dell'offerta in valutazione (%)

O_{min}= importo offerto più basso

O_i= importo offerto dell'offerta in valutazione

Conclusioni

Si evidenzia che una variabile importante in merito all'operatività della formule utilizzate per l'attribuzione del punteggio economico è strettamente collegata al numero di offerte pervenute, in presenza di un numero ridotto di offerte i risultati attesi potrebbero essere diversi da quelli auspicati e dunque assistere a differenziazioni importanti di punteggi assegnati a fronte di ribassi, fra loro, molto ravvicinati.

Nella scelta di quale formula utilizzare per l'attribuzione del punteggio alla componente prezzo tra quelle sopra proposte si deve considerare che la formula lineare presenta il rischio di attribuire differenze di punteggio elevate anche a fronte di minimi scostamenti di prezzo e di incentivare ribassi "eccessivi". Per ridurre questi rischi **è necessario scegliere, nei bandi di gara, la formula bilineare e le formule non lineari con $\alpha < 1$.**

Non rispondono al criterio di cui sopra le formule non lineari convesse, quali quelle con coefficiente $\alpha > 1$ e quella cosiddetta proporzionale inversa (che non rispetta neppure il principio di un punteggio nullo in caso di assenza di ribassi sul premio a base di gara), in quanto – a causa dell'andamento convesso – premiano in misura maggiore rispetto all'interpolazione lineare i ribassi elevati.

Tabella 8 – Confronto tra formule

Offerente	prezzo offerto	Ribasso %	punteggio interpolazione lineare	punteggio formula bilineare coeff. 0,9	punteggio interpolazione non lineare alfa 0,2	punteggio proporzionalità inversa
A	€ 247.500,00	1,00	3,00	5,87	18,93	27,27
B	€ 245.000,00	2,00	6,00	11,74	21,74	27,55
C	€ 240.000,00	4,00	12,00	23,48	24,98	28,13
D	€ 235.000,00	6,00	18,00	27,78	27,09	28,72
E	€ 225.000,00	10,00	30,00	30,00	30,00	30,00

L'esempio numerico della Tabella 8 mostra come in corrispondenza dei ribassi del 6% e 4%, la differenza tra il punteggio assegnato al concorrente D rispetto a quello assegnato al concorrente C diminuisce da 6 a 2,11 passando dalla formula dell'interpolazione lineare alla formula non lineare con α pari a 0,2.

La Tabella 8 evidenzia anche che la formula della proporzionalità inversa premia in misura maggiore rispetto alle altre formule i ribassi elevati, pur attenuando le differenze di punteggio a fronte di differenze di sconto limitate.

1.4.4 - Indicazioni operative

Sulla base di quanto illustrato nei precedenti paragrafi, al fine di prevedere una disciplina più possibile compiuta, si suggerisce in relazione alla documentazione da predisporre quanto segue:

1. nel disciplinare di gara la stazione appaltante deve prevedere con riferimento ad ogni elemento oggetto di valutazione:
 - ▶ il contenuto dell'offerta tecnica richiesta all'operatore economico;
 - ▶ il criterio di valutazione, il relativo peso e i criteri motivazionali sulla base dei quali sarà effettuata la valutazione da parte della commissione giudicatrice²⁹;
 - ▶ per la valutazione economica la formula sulla base della quale sarà attribuito il punteggio economico;
 - ▶ se è prevista una soglia di sbarramento in relazione alla valutazione tecnica;
 - ▶ se è prevista per la valutazione delle offerte tecniche la riparametrazione del punteggio tecnico al massimo del punteggio attribuibile;
2. nel capitolato speciale le modalità per il controllo in fase di esecuzione relativamente alle prestazioni oggetto del servizio e alle modalità oggetto di valutazione tecnica e le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di quanto offerto in termini di penali o risoluzione del contratto;
3. lo schema di contratto dovrà anch'esso essere predisposto per poter essere adeguato in relazione al contenuto dell'offerta presentata dall'operatore economico aggiudicatario in ordine alle modalità per l'effettuazione delle prestazioni, ai controlli da porre in essere ed alle conseguenze in caso di mancato adempimento.

Si evidenzia, inoltre, che attraverso le scelte operate in termini criteri di valutazione e punteggi previsti per la valutazione tecnica ed economica la stazione appaltante, nel rispetto dei limiti previsti dalla normativa, può privilegiare la qualità tecnica e il perseguimento di politiche sociali in relazione al personale impiegato, come illustrato in proseguito, attribuendo alla valutazione tecnica un punteggio superiore, rispetto ai 70 punti previsti dalla normativa, e diminuendo il peso dell'elemento prezzo, rispetto al valore massimo di 30 punti. Anche con la scelta della formula per l'attribuzione del punteggio per l'elemento prezzo si possono incentivare/disincentivare i ribassi e premiare maggiormente la qualità.

La scelta del peso del punteggio riservato alla valutazione tecnica e di quello riservato alla valutazione economica è rimessa quindi alla stazione appaltante e costituisce un momento importante per il perseguimento delle finalità collegate alla procedura di acquisizione.

²⁹ L'art. 95, comma 8. del d.lgs. 50/2016 prevede, altresì, che per ciascun criterio di valutazione prescelto possano essere previsti, se necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. Cfr. Cons. St., sez. V, 22/09/2017, n. 4438: “*Le voci e sottovoci indicate nei documenti di gara con i relativi punteggi devono essere sufficientemente chiare, analitiche e articolate, in modo da circoscrivere il giudizio della commissione giudicatrice nell'ambito di un minimo e di un massimo, così da rendere comprensibile l'iter logico seguito da quest'ultima nella valutazione dei singoli profili tecnici delle offerte sulla base dei criteri predisposti nelle lex specialis*”. In altre parole la stazione appaltante deve attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta un peso o un punteggio, in relazione alla specificità dell'appalto e, dunque, a seconda dell'importanza che si vuole attribuire alla componente economica e quella tecnica. Il punteggio massimo attribuibile a ciascuna componente e a ciascun criterio o subcriterio deve essere proporzionato alla rilevanza di ciascuno di essi rispetto agli altri, nonché rispetto ai bisogni della stessa amministrazione aggiudicatrice.

In conclusione, si ribadisce l'importanza che il capitolato, il disciplinare di gara e gli altri documenti di gara siano estremamente dettagliati e precisi e in particolare:

1. descrivano i singoli elementi che compongono la prestazione in modo chiaro;
2. definiscano i livelli qualitativi delle prestazioni, i criteri di valutazione e i corrispondenti punteggi affinché la commissione proceda alla valutazione nel rispetto delle previsioni contenute negli atti di gara.

1.5 – Controlli in fase di aggiudicazione e stipula del contratto

Gli adempimenti necessari ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto sono disciplinati dalle disposizioni (artt. 85 e 86 del d.lgs. 50/2016) che prescrivono, al potenziale aggiudicatario, di presentare alla stazione appaltante la documentazione a comprova dell'assenza delle cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione (rispettivamente: “requisiti generali” e dei “requisiti speciali”).

In fase di aggiudicazione, la stazione appaltante procede, oltre a verificare il possesso dei “requisiti generali” e dei “requisiti speciali” e, se necessario ai sensi dell'art. 95, comma 10, il rispetto dei minimi salariali retributivi di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), a controllare

- la documentazione relativa alla caratteristiche e competenze del team di lavoro (es. titoli di studio, iscrizione ad albi professionali, esperienze professionali maturate, per i dipendenti – cedolino di paga del mese precedente alla presentazione dell'offerta oppure per i collaboratori – copia del contratto di collaborazione del mese precedente alla presentazione dell'offerta, ecc);
- per il possesso di valutazione di conformità: copie, in corso di validità delle certificazioni possedute, nonché degli eventuali relativi aggiornamenti; apposita dichiarazione di impegno a mantenere valide le suddette certificazioni per tutta la durata del contratto.

Il contratto, ai sensi dell'art. 32, comma 9 del d.lgs. 50/2016, non può essere stipulato prima di 35 giorni (*stand still*) dall'invio dell'ultima delle comunicazioni di aggiudicazione intervenute ai sensi dell'art. 76, comma 5 lett. a).

Prima della stipula del contratto, l'aggiudicatario presenta la garanzia definitiva e, se richieste, le polizze assicurative secondo quanto disposto dal Capitolato. Contestualmente, la garanzia provvisoria dell'aggiudicatario è svincolata, automaticamente, ai sensi dell'art. 93, commi 6 e 9, del d.lgs. 50/2016.

1.6 - I controlli in fase esecutiva

1.6.1 – *Inquadramento: i soggetti coinvolti*

Il controllo nella fase dell'esecuzione del contratto è uno dei cardini della riforma introdotta con il d.lgs 50/2016 per la gestione ottimale degli appalti. Esso richiede tuttavia un'articolata definizione degli elementi di presupposto (standard, parametri qualità, ecc): in tal senso, appare evidente la profonda correlazione che intercorre tra la fase esecutiva e la predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, contratto allegato, ecc.) e, in particolare, la fase di progettazione. In questa fase, la stazione appaltante dovrebbe, dunque, prevedere e disciplinare gli strumenti necessari a garantire il controllo del livello qualitativo delle prestazioni (es. SLA).

L'art. 101, comma 1, del d.lgs. 50/2016 prevede che l'esecuzione del contratto è diretta dal responsabile unico del procedimento, che esercita funzioni di controllo della qualità delle prestazioni svolte.

Nella fase di esecuzione, la funzione principale del R.U.P. è quella di sovrintendere a tutte le attività finalizzate alla realizzazione degli interventi affidati, assicurando che le prestazioni siano svolte nel rispetto della legge e garantendo il rispetto dei tempi di esecuzione previsti dal contratto e la loro qualità, come previsto in generale dall'art. 31 del d.lgs. 50/2016 e dalle Linee guida n. 3 di ANAC recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni".

In particolare, il comma 4 dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 elenca i compiti affidati al R.U.P.; tra questi, con riguardo alla fase di esecuzione del contratto, si evidenziano quello di curare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo (lett. b), la segnalazione di eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi (lett. d), l'attività informativa alla stazione appaltante, circa i dati relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento (lett. f).

Il R.U.P. si avvale del direttore di esecuzione del contratto di servizi che, ai sensi dell'art. 111, comma 2, del d.lgs. 50/2016 è, di norma, lo stesso responsabile unico³⁰. Il Direttore dell'esecuzione, sulla base di quanto previsto dalla linea guida ANAC n. 3 al paragrafo 10, è soggetto diverso dal RUP nel caso di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro e nelle altre ipotesi particolari ivi previste.

Ai sensi dell'art. 101, comma 2, del d.lgs. 50/2016, il direttore di esecuzione del contratto provvede al coordinamento, direzione e al controllo tecnico contabile dell'esecuzione del contratto, assicurando la

³⁰ Le Linee Guida n. 3 prevedono che vi sia coincidenza tra il responsabile del procedimento e il direttore dell'esecuzione negli appalti di servizi e forniture. Dispongono, infatti, le Linee Guida n. 3 (par. 10) che il responsabile del procedimento, nelle fasi di esecuzione e verifica della conformità delle prestazioni eseguite alle prescrizioni contrattuali, svolge anche le funzioni di direttore dell'esecuzione, nei limiti delle proprie competenze professionali e a condizione che sia in possesso del titolo di studio, della formazione e dell'esperienza professionale necessaria e che non intervengano cause ostative.

regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali. Può, inoltre, farsi assistere da uno o più direttori operativi individuati dalla stazione appaltante in relazione alla complessità dell'appalto.

Le funzioni del direttore dell'esecuzione sono, inoltre, definite nel decreto ministeriale 7 marzo 2018, n. 49 (Regolamento recante: Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione).

1.6.2 – L'attività di controllo

Il primo comma dell'art. 102 prevede che il controllo sull'esecuzione dei contratti è di competenza del RUP *“congiuntamente al direttore dell'esecuzione del contratto”*.

Ai sensi dell'art. 111, comma 2, del d.lgs. 50/2016, in fase di esecuzione, il contratto stipulato dalla stazione appaltante è soggetto al controllo tecnico-contabile finalizzato a verificarne la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali.

Tale controllo è condotto nel corso dell'intera durata del rapporto e deve essere realizzato con criteri di misurabilità della qualità, già definiti nei documenti di gara, e in particolare nel Capitolato, sulla base di parametri oggettivi, non limitati al generico richiamo delle regole dell'esecuzione a regola d'arte.

FOCUS: LA QUALITÀ DELLA PRESTAZIONE E GLI INDICATORI DI CONTROLLO

La qualità del servizio/della fornitura in sintesi consiste nell'erogazione da parte dell'operatore economico aggiudicatario di una prestazione coerente con le necessità della stazione appaltante descritte negli atti di gara. La qualità, infatti, è connessa all'efficacia e all'efficienza delle prestazioni oggetto del contratto erogate dall'operatore economico aggiudicatario.

Per la valutazione della qualità la stazione appaltante deve individuare fin dal progetto dell'appalto gli indicatori appropriati nonché un sistema di rilevazione dei livelli di qualità che l'operatore economico deve rispettare. La stazione appaltante deve, pertanto, definire anticipatamente i livelli che le prestazioni oggetto del contratto dovranno raggiungere al fine di essere considerate di qualità.

Si riportano di seguito alcuni esempi di indicatori:

- tempestività: tempo che intercorre dal momento della richiesta all'effettiva erogazione della prestazione. Una prestazione è di qualità se il periodo di tempo necessario all'erogazione è inferiore o uguale ad un limite temporale predefinito;
- trasparenza: disponibilità delle informazioni che consentono alla stazione appaltante di monitorare costantemente lo svolgimento delle prestazioni;
- efficacia: capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati, in termini di rispondenza dei risultati ai bisogni individuati dall'amministrazione;
- conformità: corrispondenza con le specifiche tecniche delle prestazioni previste e definite negli atti di gara;
- affidabilità: coerenza della prestazione con l'offerta tecnica presentata dall'operatore economico in sede di gara, con particolare riferimento alle proposte migliorative.

La definizione delle prestazioni e delle modalità con le quali viene effettuato il controllo delle stesse costituisce, quindi, un aspetto importante dell'attività di progettazione al fine di garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dall'amministrazione.

Si ricorda, infine, che gli esiti del controllo debbono risultare da apposito processo verbale³¹.

In fase di progettazione, la stazione appaltante deve, quindi, in primo luogo, definire i singoli elementi e i livelli qualitativi che compongono la prestazione e, successivamente, disciplinare gli strumenti idonei ad attuare il controllo in fase esecutiva, che deve riguardare in particolar modo anche gli elementi offerti dall'impresa in fase di gara al fine di non alterare gli esiti della procedura di affidamento.

Tra gli strumenti di controllo in fase esecutiva rivestono un ruolo di primaria importanza i *service level agreement* (in italiano: accordo sul livello del servizio), in sigla SLA. Essi sono strumenti contrattuali attraverso i quali si definiscono le metriche di servizio (es. qualità di servizio) che devono essere rispettate dall'aggiudicatario. Di fatto, una volta stipulato il contratto, assumono il significato di obblighi contrattuali che possono essere facilmente controllabili dalla stazione appaltante in fase esecutiva. Il monitoraggio degli SLA, pertanto, consente di verificare sia l'andamento dei livelli di servizio in termini di rispetto degli obiettivi contrattuali, sia la presenza di disservizi³².

Un ulteriore strumento di controllo da utilizzare in fase di esecuzione contrattuale è la reportistica sullo svolgimento del servizio. La stazione appaltante, sempre in coerenza con gli elementi e i livelli qualitativi che compongono la prestazione, può prevedere che in fase esecutiva l'aggiudicatario sia tenuto a trasmettere (in formato elettronico e/o in via telematica) un'apposita reportistica finalizzata a monitorare il corretto adempimento e l'esecuzione di tutte le prestazioni relative al servizio oggetto del contratto.

In particolare, la reportistica può contenere i dati aggregati e riassuntivi relativi alle prestazioni contrattuali eseguite oppure specifici dati relativi a determinate prestazioni; la decorrenza temporale della trasmissione può variare a seconda della finalità del monitoraggio: es. mensile, semestrale, ecc.

In merito, giova evidenziare come tutti i richiamati strumenti devono essere strettamente correlati a quanto espressamente disciplinato nei documenti di gara. In particolare, gli strumenti di controllo

³¹ Ai sensi dell'art. 31, comma 12, del d.lgs. 50/2016 la stazione appaltante deve "garantire il controllo effettivo sull'esecuzione delle prestazioni". A titolo esemplificativo, si elenca una serie di possibili tipologie di controlli sviluppabili sulla corretta esecuzione delle prestazioni negli appalti di servizi: controlli a sorpresa, controlli indotti da verifiche e ispezioni di autorità/altre amministrazioni; controlli in base a reclami; controlli a campione; controlli qualitativi.

³² A titolo esemplificativo, si ricorda che uno dei principali indicatori utilizzati come SLA riguarda le funzionalità e tempi di risposta nella risoluzione dei problemi durante l'erogazione del servizio.

devono essere tesi a verificare che le previsioni del capitolato prestazionale e del contratto (con riferimento per es. alle scadenze temporali o alla qualità del servizio) siano pienamente rispettate³³.

Il controllo in fase esecutiva, in conclusione, è indirizzato a valutare i seguenti profili:

- a) la qualità del servizio, intesa come aderenza o conformità a tutti gli standard qualitativi richiesti nel contratto o nel capitolato e eventualmente alle condizioni migliorative contenute nell'offerta;
- b) l'adeguatezza delle prestazioni o il raggiungimento degli obiettivi;
- c) il rispetto dei tempi e delle modalità di esecuzione delle prestazioni;
- d) l'adeguatezza della reportistica sulle prestazioni e le attività svolte;
- e) il rispetto da parte dell'esecutore degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro di cui all'articolo 30, comma 3, del d.lgs. 50/2016.

1.6.3 - Il sistema delle penali

Il controllo in fase esecutiva della prestazione può, infine, determinare l'applicazione di penali. Esse rientrano fra gli strumenti a disposizione del RUP /direttore dell'esecuzione e sono applicate all'appaltatore in caso di non corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali.

L'art. 113-bis, co. 4, del d.lgs. 50/2016 prevede che : *“I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto”*.

L'importo delle penali è calcolato in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'importo netto del contratto. L'ammontare delle penali, inoltre, deve essere determinato in relazione alla gravità delle conseguenze connesse al ritardo.

Oltre a penali per il ritardo le stazioni appaltanti possono prevedere penali per inadempimento collegate alla mancata esecuzione della prestazione secondo le modalità previste nel contratto. Nella fase di progettazione del servizio, ed in relazione al contenuto della prestazione e allo standard qualitativo previsto, occorre definire le conseguenze di una non corretta esecuzione delle prestazioni sia in termini di ritardo nell'effettuazione delle stesse rispetto ai tempi previsti contrattualmente, sia in termini di esecuzione con modalità diverse o non rispettose degli standard previsti.

Le penali dovrebbero essere riferite sia alle prestazioni contrattuali definite nel capitolato speciale dall'amministrazione sia alle prestazioni offerte dall'appaltatore in fase di gara.

In relazione alle prime la stazione appaltante, tenendo conto dell'oggetto del servizio, deve individuare le ipotesi in cui da una non corretta esecuzione delle prestazioni, in termini temporali o qualitativi, può scaturire l'applicazione di una penale definendo l'entità della stessa connessa

³³ A titolo esemplificativo si potrebbe rilevare, nel corso del rapporto contrattuale, il grado di adempimento rispetto ai requisiti fissati nel contratto (quali tempi e conformità del servizio) e agli elementi extra-contrattuali (come i livelli di soddisfazione dell'utenza finale) o di predisporre un'accurata e tempestiva reportistica sulle attività svolte o su altri aspetti di carattere amministrativo - contabile (ad es. fatturazione).

all'importanza della prestazione. Nel caso invece in cui il livello o il tempo di esecuzione della prestazione è stato oggetto di valutazione in gara, nel contratto, in relazione a quanto offerto dall'operatore economico, andrebbero previste apposite penali collegate al ritardo o all'inadempimento nell'effettuazione delle prestazioni con le modalità offerte.

Occorre, cioè, che il contratto recepisca gli impegni contenuti nell'offerta tecnica presentata dal Concorrente risultato aggiudicatario, onde dotare il RUP e il Direttore dell'esecuzione, ove nominato, e la Stazione appaltante, di tutti gli strumenti idonei per poter verificare il rispetto di quanto proposto dallo stesso. A questo proposito si suggerisce che l'importo della penale sia proporzionale al fattore ponderale scelto, ossia al punteggio massimo attribuibile al corrispondente criterio di valutazione come risultante dal bando di gara, riparametrato al punteggio concretamente ottenuto dall'impresa.

In relazione alla non corretta esecuzione delle prestazioni si evidenzia che potrebbe aversi un inadempimento totale o parziale delle prestazioni

Per inadempimento totale si intende la mancata effettuazione delle prestazioni secondo le modalità previste dall'amministrazione, nel Capitolato ed eventuali allegati, o offerte dall'operatore economico nell'offerta tecnica.

Per inadempimento parziale si intende l'effettuazione solo in parte o con modalità diverse delle prestazioni previste o offerte.

La definizione dell'entità della penale è rimessa alla stazione appaltante e deve essere commisurata alla rilevanza che l'inadempimento, in termini di ritardo o non corretta esecuzione, assume rispetto alle finalità perseguite dall'amministrazione con l'acquisizione del servizio.

La penale per inadempimento può essere strutturata quale *una tantum* nel caso in cui la prestazione oggetto di mancato adempimento perde di interesse per l'amministrazione se non effettuata nel momento temporale previsto dal contratto, oppure in termini di penale giornaliera da applicare per tutto il tempo in cui la prestazione non è effettuata con le modalità offerte.

Potrebbe essere utile, in relazione alle penali da inadempimento, la definizione, da parte delle stazioni appaltanti, di una graduazione delle stesse, usando a titolo esemplificativo tre livelli di gravità: bassa, medio, alta; i livelli suddetti dovrebbero essere correlati all'incidenza che l'inadempimento riveste sulla corretta esecuzione delle prestazioni e sul perseguimento degli obiettivi dell'appalto.

Nel caso di prestazioni le cui caratteristiche derivano dall'offerta formulata dall'appaltatore si suggerisce che la percentuale della penale sia proporzionale al fattore ponderale scelto, ossia al punteggio massimo attribuibile al corrispondente criterio/subcriterio di valutazione come risultante dal bando/disciplinare di gara, riparametrato al punteggio concretamente ottenuto dall'impresa.

Di particolare importanza è il procedimento di contestazione che dovrebbe essere attivato mediante una nota formale da parte della stazione appaltante nella quale siano contestati i fatti accertati e sia assegnato un termine non inferiore a 15 giorni di calendario per la presentazione di controdeduzioni scritte. Se l'aggiudicatario non risponde o non dimostra che l'inadempimento non è imputabile allo stesso, la stazione appaltante può applicare le penali a decorrere dalla data del fatto accertato.

Se, invece, la stazione appaltante accerta l'esistenza e la validità della motivazione della controdeduzione presentata dall'aggiudicatario, non applica le penali e dispone un nuovo termine per l'esecuzione della prestazione oggetto di contestazione.

Si ricorda, infine, che se le penali per ritardo applicate superano, complessivamente, il dieci per cento dell'importo netto del contratto la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016.

PARTE II – I SERVIZI AD ALTA INTENSITÀ DI MANODOPERA

Di seguito viene proposta un'analisi relativa alle clausole sociali e agli appalti ad alta intensità di manodopera, attraverso una ricostruzione normativa, nazionale e regionale, corredata da alcuni arresti giurisprudenziali e da un'analisi approfondita delle **Linee Guida 13 “La disciplina delle clausole sociali”** approvate dall'**Autorità Nazionale Anticorruzione**, che forniscono un importante contributo per un corretto inquadramento delle disposizioni in tema di salvaguardia occupazionale. Sono state inserite, inoltre, con particolare riferimento all'attuazione delle disposizioni normative regionali, una serie di indicazioni operative per le stazioni appaltanti, le quali, specie per gli appalti ad alta intensità di manodopera, sono tenute, sia in fase di progettazione che in fase di esecuzione, a svolgere una serie di attività integrative rispetto a quanto rappresentato nella Parte I.

2.1 - Inquadramento

I servizi ad alta intensità di manodopera sono definiti dall'ultimo periodo dell'art. 50 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) del d. lgs. 50/2016 come servizi “*nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*”. La qualificazione di servizio ad alta intensità di manodopera è operata dalle stazioni appaltanti che, attraverso la progettazione dell'appalto, sono nelle condizioni di definire se l'appalto rientri o meno in tale tipologia.

L'art. 50 statuisce espressamente che nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti siano inseriti specifiche clausole sociali, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti di settore di cui all'art. 51 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ovvero dei contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali oppure dalla rappresentanza sindacale unitaria.

L'articolo 30, comma 4, del d. lgs. 50/2016 dispone, inoltre, che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto, svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

L'ANAC con le Linee guida n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali” ha precisato, in merito alla definizione dell’ambito di applicazione dell’art. 50 del d.lgs. 50/2016, che l’obbligo di prevedere la clausola sociale si riferisce esclusivamente ai contratti ad alta intensità di manodopera, mentre per gli appalti non ad alta intensità di manodopera l’inserimento della clausola nel bando è facoltativa e, pertanto, rimessa alla valutazione della stazione appaltante. L’Autorità ha, inoltre, ribadito che non può essere prevista clausola sociale, oltre che negli appalti di servizi di natura intellettuale così previsto dalla norma, negli appalti di fornitura e in quelli aventi natura occasionale.

La Regione Toscana è, a sua volta, intervenuta, in coerenza con le disposizioni degli artt. 30 e 50 del Codice in materia di clausole sociali, con la citata legge regionale n. 18/2019, di cui rilevano in particolare:

- l’art. 3 (Principi per l’esecuzione degli appalti e concessioni), ai sensi del quale le stazioni appaltanti, nella documentazione di gara, prevedono l’applicazione, per il personale impiegato nell’esecuzione dell’appalto, del contratto collettivo nazionale, territoriale o aziendale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con le effettive attività da espletare nell’appalto. Viene altresì previsto che negli appalti di servizi la Regione promuove la stabilità occupazionale del personale impiegato, l’uniformità dei trattamenti contrattuali ed il mantenimento dei diritti acquisiti dai lavoratori;
- l’art. 5 (Tutela della stabilità occupazionale), il quale dispone che nelle ipotesi in cui la clausola sociale sia prevista dal CCNL o dalla documentazione di gara, l’appaltatore uscente è tenuto, attraverso apposita clausola contrattuale, a fornire tutte le informazioni afferenti al personale utilizzato nell’esecuzione del servizio (es. numero unità, qualifiche, livelli retributivi, anzianità, CCNL applicato ecc.). La norma, inoltre, statuisce che le stazioni appaltanti, nella determinazione dell’importo a base della nuova gara per l’affidamento del contratto, devono tenere conto dell’incidenza economica del riassorbimento del personale. Si vuole così individuare tutte le informazioni necessarie che sono utili tanto alla stazione appaltante per determinare correttamente l’importo a base di gara, quanto ai concorrenti per potere presentare un’offerta ponderata che tenga in debito il costo del personale impiegato nel servizio, ivi compreso i costi per dare attuazione alla clausola sociale.

2.2 – L’applicazione delle clausole sociali

In termini concreti, riprendendo alcuni arresti giurisprudenziali, la finalità della clausola sociale è “*in primo luogo, quella di garantire la stabilità del lavoratore nello stesso posto di lavoro e per il tempo del nuovo*

affidamento”¹. In applicazione della clausola di riassorbimento, pertanto, l’aggiudicatario “*deve prioritariamente assumere gli stessi lavoratori, che operavano alle dipendenze dell’appaltatore uscente*”². Tale obbligo, tuttavia, è imponibile nella misura e nei limiti in cui il riassorbimento risulti compatibile con il fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l’organizzazione definita dal nuovo affidatario: ciò significa che “*i lavoratori - che non trovano spazio nell’organigramma dell’appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall’appaltatore uscente in altri settori - sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali*”^{3 4}.

Nel precisare che la fonte dell’obbligo di applicazione della clausola sociale per l’operatore economico può derivare direttamente dal bando di gara ai sensi dell’art. 50, ovvero dal CCNL applicato dallo stesso operatore economico, sulla scorta dell’art. 30 del d.lgs. 50/2016, occorre ribadire, come espressamente riscontrabile da costante giurisprudenza in materia, che per l’applicazione delle suddette clausole occorre che siano presenti le seguenti condizioni:

- la clausola sociale può essere inserita solo se il contratto sia oggettivamente assimilabile a quello in essere. Non è concepibile l’inserimento della clausola se non sussiste alcun contratto in essere nel settore di riferimento o se il contratto in essere presenta un’oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare;
- l’applicazione della clausola sociale non può in ogni caso comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall’impresa uscente, dovendo tale obbligo essere sempre armonizzato con l’organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario.

L’ANAC, nelle Linee guida n. 13, fornisce alcune indicazioni operative alle stazioni appaltanti, in particolare è ritenuto necessario che la stazione appaltante:

- indichi agli offerenti gli elementi rilevanti per la formulazione dell’offerta nel rispetto della clausola sociale: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall’attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente;

1 Cons. St., sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598.

2 Cons.St., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079.

3 *Ibidem*

4 TAR Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231 ha statuito che una clausola sociale “*tale da imporre in termini rigidi la conservazione del personale di cui al precedente appalto è illegittima, dovendo invece essa essere formulata in termini di previsione delle priorità del personale uscente nella riassunzione presso il nuovo gestore, in conformità alle esigenze occupazionali risultanti per la gestione del servizio, in modo da armonizzare l’obbligo di assunzione con l’organizzazione dell’impresa prescelta dal gestore subentrante*” ed ha aggiunto che “*la stabilità occupazionale, che è sicuramente un obiettivo normativo importante e un valore ordinamentale deve essere promossa e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e delle libertà d’impresa, così da escludere un rigido obbligo di garanzia necessaria della stabilità*”.

- preveda, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un "*progetto di assorbimento*" atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico).

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, sempre nelle suddette Linee guida, ha espressamente previsto:

Le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo espresso, disposto dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché di quanto stabilito dall'articolo 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici. L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico.

L'indicazione fornita da ANAC assume un rilievo di fondamentale importanza in quanto l'operatore economico subentrante, indipendentemente dal contratto da questi prescelto, è tenuto ad assicurare il rispetto della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale di lavoro individuato, in relazione alla pertinenza rispetto all'oggetto dell'appalto, dalla stazione appaltante (c.d. *leader*), rimanendo comunque libero di applicare, ove più favorevole, la clausola sociale prevista dal contratto collettivo da lui prescelto.

Sulla questione relativa alla tutela della stabilità occupazionale è intervenuta la Regione Toscana, con il sopra richiamato "Protocollo di Intesa per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori forniture e servizi", e con la legge regionale 16 aprile 2019, n. 18 (Disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori, forniture e servizi. Disposizioni organizzative in materia di procedure di affidamento di lavori. Modifiche alla l.r. 38/2007).

La Regione Toscana ha definito, specificamente con la legge regionale 18/2019, una disciplina normativa che, oltre ad essere coerente con le disposizioni legislative nazionali, risulta compatibile con le indicazioni della giurisprudenza in materia e con le Linee Guida 13 dell'ANAC, tanto per la definizione del contratto cd. *leader*, tanto in relazione alle informazioni sul personale interessato dalla clausola sociale.

La legge regionale, relativamente al *riassorbimento del personale* ha espressamente previsto, all'articolo 6, come le misure dirette a favorire il riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente possano essere oggetto di valutazione. Il legislatore regionale, aderendo all'impostazione del Consiglio di Stato resa nel parere del 21 novembre 2018 sulla proposta di Linea guida ANAC sulla disciplina delle clausole sociali, ha ritenuto, sul punto, che la valutazione dell'offerta tecnica, presentata in sede di gara, dovrebbe riguardare:

- le misure dirette a favorire il riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente;
- il mantenimento dei diritti, dell'anzianità di servizio, del regime giuridico e delle condizioni retributive di provenienza dei lavoratori impiegati dall'appaltatore uscente.

La Regione Toscana in conformità alla direttiva 2014/24/UE e al d. lgs. 50/2016, ha codificato le fattispecie (*appalti ad alta intensità di manodopera*), in cui risulta possibile subordinare il principio dell'economicità, che governa l'affidamento e l'esecuzione degli appalti pubblici, a criteri ispirati ad esigenze sociali, contemperando le suddette esigenze alla “*tutela della concorrenza*”. Tale impostazione è confermata:

- dall'imporre alle stazioni appaltanti di acquisire e, conseguentemente, rendere disponibili, nella fase della gara, i dati inerenti il personale che usufruirà della clausola sociale;
- dal richiedere alle stazioni appaltanti di tenere conto, nella determinazione dell'importo a base di gara, della “*incidenza economica del riassorbimento*”. Risulterebbe, infatti, illegittimo richiedere agli operatori economici di sopportare i costi della clausola sociale senza che la stima dell'appalto consideri l'incidenza economica correlata all'adempimento di un siffatto obbligo;
- dall'ammettere la possibilità di inserire criteri di valutazione espressamente orientati verso le esigenze sociali.

Il legislatore regionale, assumendo che il riassorbimento del personale produce costi che devono trovare copertura nell'importo posto a base di gara, pone la questione della tutela della salvaguardia occupazionale anche in termini di ponderazione, da parte dei concorrenti, in relazione a quanto richiesto dalla stazione appaltante e alle valutazioni, tipicamente e prettamente imprenditoriali, che saranno inseriti nell'offerta tecnica presentata.

Con la legge regionale n. 18/2019 viene, dunque, operato un bilanciamento di interessi quali la tutela della concorrenza e la salvaguardia occupazionale (intesa tanto in termini quantitativi o numerici, quanto in termini qualitativi, rinvenibili nel mantenimento delle tutele e delle condizioni economiche).

2.3 - Il progetto (piano) di riassorbimento

Come richiamato sopra, il progetto di riassorbimento è stato previsto nelle Linee guida 13 con la funzione di permettere al concorrente di illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e del relativo inquadramento e trattamento economico. L'Autorità non ha previsto la valutazione di tale progetto poiché ritiene che il piano debba porsi quale “*obbligo*” nei confronti dei lavoratori interessati qualificandosi quale concreta proposta contrattuale nei confronti degli stessi.

Si è già fatto cenno sopra come, il Consiglio di Stato, nel parere del 21 novembre 2018, sulla questione relativa al piano di riassorbimento abbia espressamente evidenziato che: *“il bando di gara dovrebbe inserire tra i criteri di valutazione dell’offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità (piano di assorbimento), assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all’offerta che maggiormente realizza i fini cui la clausola sociale tende”*.

Il piano di riassorbimento, alla luce dell’interpretazione dal Consiglio di Stato, deve, dunque, illustrare concretamente in quale modo l’offerente, qualora risulti aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale e come la stessa si armonizzi concretamente con la propria organizzazione aziendale. Il piano inoltre si pone, come si legge nel parere richiamato e come riaffermato nelle Linee guida n. 13, quale obbligo nei confronti dei lavoratori interessati. La clausola, precisa il Consiglio di Stato, seppur comportante un obbligo limitato di riassunzione compatibilmente con l’organizzazione di impresa dell’offerente, comporta che nella predisposizione del piano di assorbimento l’offerente è tenuto a formulare una proposta che contenga già tutti gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di inquadramento e trattamento economico unitamente all’indicazione di un termine per l’accettazione. Attraverso tale obbligo l’offerente si impegna verso la stazione appaltante e verso i lavoratori al rispetto della clausola, offrendo garanzie al lavoratore attraverso l’individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro da applicare.

Regione Toscana, con la legge regionale 18/2019, ha codificato il suggerimento del Consiglio di Stato prevedendo, all’articolo 6, la facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti e conseguentemente valutare, le misure proposte tese a favorire il riassorbimento del personale e il mantenimento dei diritti, dell’anzianità di servizio, del regime giuridico e delle condizioni retributive di provenienza dei lavoratori impiegati dall’appaltatore uscente.

Per completezza di trattazione è utile precisare come, negli appalti ad alta intensità di manodopera, richiedere ai concorrenti - così come riportato nelle Linee guida n. 13 - di indicare nella documentazione amministrativa il numero del personale da riassorbire e le condizioni economiche e normative a questi applicabili, potrebbe determinare l’anticipazione dei contenuti propri dell’offerta tecnica e di quella economica. Il verificarsi di una tale condizione contrasterebbe con il divieto di commistione di elementi di natura amministrativa, tecnica ed economica che devono essere tenute distinti in ossequio al principio di concorrenza e parità di trattamento degli operatori economici partecipanti ad una procedura di scelta del contraente.

La disciplina prevista nella richiamata legge regionale 18/2019, con particolare riferimento alla valutazione del riassorbimento, evita, anche con l’adozione di particolari accorgimenti, il verificarsi di una tale possibile criticità che avrebbe necessarie implicazioni sulla procedura di gara. La stazione appaltante, infatti, può espressamente prevedere che la Commissione proceda con la valutazione del

progetto di riassorbimento previa valutazione degli altri elementi dell'offerta tecnica, facendo risultare tutte le operazioni effettuate in appositi verbali.

Se la stazione appaltante non intende avvalersi della facoltà, prevista all'articolo 6 della legge regionale 18/2016, di porre in valutazione le misure tese a favorire il riassorbimento del personale e/o il mantenimento dei diritti e delle condizioni retributive al personale alle dipendenze dell'appaltatore cessato può, analogamente, richiedere un progetto di riassorbimento, prevedendo nel bando di gara che il suddetto piano sia inserito dai concorrenti nella busta contenente l'offerta economica, al fine di evitare possibili commistioni e condizionamenti.

2.4 – Gli effetti delle clausole sociali nella fase esecutiva del contratto

Si ribadisce come, ai sensi dell'art. 3 della legge regionale 18/2019, le stazioni appaltanti:

Prevedono l'applicazione, per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto, del contratto collettivo nazionale, territoriale o aziendale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con le effettive attività da espletare nell'ambito dell'appalto indicato nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento.

L'individuazione del contratto collettivo nella documentazione del gara comporta, in *primis*, anche secondo quanto previsto dalle Linee guida 13, l'obbligo per l'operatore economico subentrante di applicare le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante, con la precisazione che risulta fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico il cui ambito di applicazione, ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale 18/2019, deve, in ogni caso, essere “*connesso con le effettive attività da espletare nell'ambito dell'appalto*”.

La disposizione normativa inserita all'articolo 3 della legge regionale 18/2019 deve essere interpretata e applicata compatibilmente ai principi del Trattato; l'individuazione del contratto cd. *leader* da parte della stazione appaltante non si traduce nell'obbligatorietà, in capo all'appaltatore subentrante, di una sua applicazione “*tout court*”, ma comporta, per un verso, l'obbligo di applicare la clausola sociale ivi prevista e per altro verso, l'obbligo di applicare un contratto collettivo il cui ambito di applicazione sia connesso con le prestazioni oggetto dell'appalto.

Le disposizioni inserite nella legge di gara in riferimento alla clausola sociale, compreso quelle afferenti alla fase di valutazione delle offerte, nel rispetto delle disposizioni regionali:

- sono idonee ad evitare l'imposizione di un determinato contratto;

- non comportano obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria;
- determinano che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti solo se si è impegnato in tal senso con il piano di riassorbimento.

2.5 – Indicazioni operative per le stazioni appaltanti

Le disposizioni normative, del legislatore nazionale e del legislatore regionale, sopra richiamate e le indicazioni fornite dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con le Linee guida 13 in materia di clausola sociale devono trovare una corretta collocazione nella documentazione di gara predisposta dalla stazione appaltante in sede di progettazione dell'appalto e formulate in maniera tale da non incorrere in situazioni di illegittimità che potrebbero comportare, quale conseguenza estrema, un annullamento dell'intera procedura di scelta del contraente. Si ricorda, come ribadito dall'ANAC, che la determinazione a contrarre è il provvedimento nel quale le stazioni appaltanti esplicitano i presupposti per l'applicazione della clausola sociale, nei casi in cui sussiste obbligo di previsione, oppure motivano in ordine alla scelta effettuata negli altri casi.

2.5.1 – Indicazioni operative per le stazioni appaltanti in fase di progettazione dell'appalto

La stazione appaltante procede ad effettuare, sulla base dei dati in possesso relativi al servizio da affidare, una prima **valutazione economica** dell'appalto individuando al meglio delle proprie informazioni la quantificazione, anche di massima, dei costi del personale utilizzato dall'appaltatore per eseguire le prestazioni. A seguito di tale prima attività la stazione appaltante è nelle condizioni per identificare se il servizio sia qualificabile, ai sensi dell'articolo 50 del Codice, "*servizio ad alta intensità di manodopera*".

Effettuato questo primo riscontro, è necessario che la stazione appaltante valuti altresì, qualora risulti che l'incidenza del costo della manodopera sia inferiore al 50 per cento dell'importo totale del contratto, se sia opportuno o necessario inserire nel bando di gara apposite clausole sociali.

Richiesta dati all'appaltatore uscente

La stazione appaltante procede a richiedere all'operatore economico che esegue le prestazioni almeno le seguenti informazioni relative al proprio personale dipendente impiegato nell'appalto:

- a) numero di unità;
- b) qualifica e categoria professionale;

- c) livello retributivo;
- d) attività e mansioni svolte;
- e) anzianità di servizio;
- f) monte ore settimanale;
- g) sede di lavoro;
- h) numero di lavoratori di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 (Norme per il diritto al lavoro dei disabili);
- i) CCNL applicato;
- j) ulteriori elementi retributivi e indennità aggiuntive corrisposte.

Capitolato Speciale

La stazione appaltante inserisce/indica nel Capitolato speciale:

- a) l'obbligo per il Fornitore di applicare al personale impiegato nell'esecuzione dei servizi, ai sensi dell'art. 30, co. 4, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 3 della l.r. 18/2019, il contratto collettivo nazionale, territoriale o aziendale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il cui ambito di applicazione è strettamente connesso con le effettive attività da espletare nell'ambito dell'appalto stesso;
- b) il contratto collettivo applicabile (così detto *leader*), in relazione alla disciplina ivi contenuta per la clausola sociale, individuato in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento. La stazione appaltante, previo richiamo all'articolo 50 del d. lgs. 50/2016 e alla l.r. 18/2019, prevede, inoltre, espressamente che l'operatore economico subentrante è tenuto ad applicare le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante e che, in ogni caso è fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico.
ATTENZIONE: nelle ipotesi in cui il contratto collettivo pertinente non rechi alcuna disciplina in materia di clausola di salvaguardia occupazionale, così come indicato nel parere reso dal Consiglio di Stato più volte richiamato, in caso di cambio appalto, la stazione appaltante deve far riferimento ai “*contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81*”, cui lo stesso articolo 50 del Codice espressamente rinvia⁵, avendo cura di

⁵ Si tratta dei cd contratti *leader*, ovvero dei “contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” e dei “contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

precisare l'obbligatorietà della previsione inserita per quel che riguarda, appunto, la disciplina in materia di clausola sociale;

- c) i lavoratori in relazione ai quali opera la clausola di salvaguardia occupazionale prendendo a riferimento, come suggerito dall'ANAC, “*il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento*”.

COMMENTO

In sostanza, la stazione appaltante, così operando, imporrebbe all'appaltatore l'applicazione del contratto *leader* solo quale standard minimo di tutela da garantire al lavoratore e l'appaltatore stesso sarebbe tenuto ad applicare la clausola sociale prevista dal contratto cd. *leader*, solo ove la stessa risulti più favorevole per i lavoratori, rispetto a quella contemplata dal CCNL applicato. Tale approccio, come ribadito dall'Autorità nella Relazione illustrativa alle Linee guida n. 13, non contrasta con il principio della libera scelta del CCNL applicabile e assicurerebbe al lavoratore la tutela più favorevole garantita dal CCNL applicato dall'imprenditore, dal contratto *leader* oppure, in assenza, dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 50.

In altri termini, come sopra espressamente indicato, il contratto cd. *leader* non si impone *tout court* all'impresa concorrente, ma assicura al lavoratore lo standard, in materia di clausola sociale nelle ipotesi di cambio appalto, rappresentato per l'appunto dal contratto *leader*.

2.5.2 – La stima dell'appalto

Della valutazione economica dell'appalto si è già trattato nella Parte I (paragrafo 1.2 lettera c) “CALCOLO DEGLI IMPORTI”), è, tuttavia utile ribadire che, nel caso di appalti in cui è previsto utilizzo di manodopera, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016 la stazione appaltante è tenuta a quantificare i costi della manodopera che, pur rientrando nell'importo complessivo dell'appalto e come tali soggetti a ribasso, dovranno essere individuati separatamente. Si ricorda inoltre che la stazione appaltante è tenuta, altresì, ad illustrare gli elementi presi a riferimento per la loro quantificazione.

Con particolare riferimento ai servizi “*ad alta intensità di manodopera*” e in tutti gli appalti in cui è prevista l'applicazione di clausola sociale, la stazione appaltante, avendo acquisito dall'appaltatore uscente le informazioni – ai sensi dell'articolo 5 della legge regionale 18/2019 – relative al personale utilizzato per l'esecuzione del servizio, è nelle condizioni di quantificare, anche con l'ausilio delle tabelle ministeriali richiamate dall'articolo 23, comma 16, che determinano il “*costo del lavoro*”, l'effettivo costo della manodopera. Le stazioni appaltanti, così operando, agiscono in aderenza alle previsioni del legislatore regionale in quanto tengono conto, nella stima dell'appalto, dell'incidenza economica del riassorbimento del personale e forniscono ai concorrenti tutte le informazioni necessarie per presentare un'offerta che tenga conto di tutti gli elementi di costo per l'erogazione delle prestazioni.

Tutte le quantificazioni afferenti al costo della manodopera saranno utili alla stazione appaltante per effettuare le verifiche previste all'articolo 95, comma 5, lettera d), del d.lgs. 50/2016.

2.5.3 – Il Piano di riassorbimento e i relativi criteri di valutazione⁶

La trattazione in materia di clausola sociale non può limitarsi a quanto sopra rappresentato ma occorre, prendendo a riferimento le Linee guida n. 13, il parere reso dal Consiglio di Stato sulle medesime Linee guida e la legge regionale 18/2019, affrontare la questione afferente al tema dell'impegno del concorrente, da rendersi in sede di gara, finalizzato a vincolare lo stesso, nelle ipotesi in cui risulti aggiudicatario all'effettiva applicazione delle disposizioni inserite dalla stazione appaltante negli atti di gara.

Al fine di rendere operativo il suggerimento del legislatore regionale **la stazione appaltante procede a definire i criteri** di valutazione delle offerte, che tengono conto delle risultanze delle attività di progettazione dell'appalto, afferenti ad aspetti quantitativi (numero del personale interessato) e qualitativi (mantenimento livelli normativi e retributivi)

Si ritiene che, in determinati contesti, la stazione appaltante potrebbe prevedere l'inserimento di un criterio valutativo “*on/off*” per attribuzione punteggio riferibile all'impegno del concorrente di operare un riassorbimento completo del personale impiegato nell'appalto cessato e magari correlato al mantenimento dei diritti (normativi e retributivi). Si reputa altresì che una siffatta previsione possa essere inserita, previa valutazione del RUP, in presenza di un appalto che presenti le stesse caratteristiche dell'appalto precedente e, in particolare, vi sia assenza di sostanziali variazioni nella tipologia di servizio oggetto di appalto e nelle prestazioni richieste.

La stazione appaltante potrebbe, nell'ipotesi in cui non ricorrano le previsioni di cui sopra, valutare il Piano di riassorbimento e prevedere l'attribuzione di un punteggio correlato alla numerosità del personale riassorbito dal nuovo appaltatore, a condizione che il riassorbimento interessi almeno una soglia predeterminata di lavoratori, con incremento di punti, fino raggiungere il punteggio massimo in caso di riassorbimento completo del personale impiegato nell'appalto cessato. Il criterio valutativo del Piano (progetto) di riassorbimento dovrebbe, comunque, essere correlato sia alla numerosità del personale interessato dagli effetti della clausola sociale sia al mantenimento delle tutele normative e dei livelli retributivi in essere.

Ferme le valutazioni sopra esposte, si ritiene che, specie in caso di appalti ad alta intensità di manodopera, il riassorbimento del personale precedentemente impiegato nell'appalto, permette, ove il servizio sia stato correttamente erogato, una continuità nella qualità di erogazione delle prestazioni a

⁶ Nel caso in cui la stazione appaltante non intenda procedere con la valutazione del piano di riassorbimento si rimanda alle indicazioni del paragrafo 2.3 (Il progetto (piano) di riassorbimento).

favore dell'amministrazione, in quanto rese direttamente da operatori già formati ed esperti e pertanto la tutela sociale può considerarsi strettamente connessa alla qualità del servizio appaltato, assicurata senza soluzione di continuità.

NOTA BENE

- La stazione appaltante, in relazione alla valutazione del Piano di riassorbimento, deve definire i pesi/punteggi da assegnare avendo cura di evitare che possa determinarsi una duplicazione della clausola sociale o un'imposizione della stessa. Si ritiene opportuno, che il provvedimento di indizione e la relazione tecnico illustrativa contengano le motivazioni in merito all'opportunità di valutare il Piano di riassorbimento e all'individuazione dei criteri e punteggi relativi al riassorbimento, nonché – se del caso - le argomentazioni in merito agli effetti conseguenti all'applicazione della clausola sociale. La stazione appaltante specifica nel disciplinare di gara i documenti da richiedere ai concorrenti in sede di presentazione dell'offerta e ritenuti necessari ai fini della illustrazione delle concrete modalità di applicazione della clausola sociale, nonché esplicita, ove previsto, i criteri valutativi per l'attribuzione del punteggio afferente al riassorbimento del personale impiegato nell'appalto cessato.
- Sulla base delle informazioni richieste, la prima verifica che deve essere posta in essere dalla stazione appaltante, a mezzo della commissione giudicatrice, riguarda il CCNL prescelto dal concorrente che, si ricorda, deve avere un ambito di applicazione connesso alle prestazioni oggetto dell'appalto. Come noto il soccorso istruttorio, ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del Codice, non è ammesso per sanare carenze dell'offerta tecnica, pertanto qualora l'operatore economico abbia omissso di presentare il Progetto di riassorbimento richiesto dalla stazione appaltante, oppure non abbia indicato il contratto collettivo prescelto, oppure abbia indicato un contratto collettivo non pertinente in relazione all'oggetto dell'affidamento, viene escluso dalla procedura. In relazione alla questione della pertinenza dei contratti collettivi - al fine rendere agevole e oggettiva la corretta individuazione, da parte del concorrente, del CCNL - la stazione appaltante dovrebbe indicare le prestazioni che devono esservi ricomprese identificando, se del caso, il/i contratto/i collettivo/i che, seppur astrattamente riconducibile/i alle prestazioni dell'appalto, presenti/no delle peculiarità tali da non renderlo/i pertinente/i. La stazione appaltante avrà cura di definire, con esattezza, i contenuti minimi del progetto di riassorbimento e le conseguenze in caso di omessa o errata indicazione del CCNL applicato, esplicitando, pertanto nella documentazione di gara, tutte le ipotesi che determinano l'esclusione dei concorrenti riguardanti la mancanza, l'incompletezza o la presenza di irregolarità essenziali del progetto suddetto. La *ratio* della sanzione espulsiva si fonda sul presupposto che dal Progetto di riassorbimento devono ravvisarsi concrete modalità di applicazione della clausola sociale. La completezza del Piano di riassorbimento presentato dal concorrente è un indice significativo della serietà dell'offerta poiché rappresenta la valutazione che l'operatore economico ha effettuato in merito e le obbligazioni che, conseguentemente, si assume.
- Le indicazioni fornite sono certamente applicabili a servizi ad alta intensità di manodopera in relazione ai quali la valenza in termini sociali e i costi del riassorbimento, soprattutto in relazione agli elementi valutativi suggeriti dal legislatore regionale, assumono una particolare importanza. Le stazioni appaltanti possono determinare conseguenze diverse, anche meno gravi rispetto all'esclusione, in merito alla mancanza o alle carenze relative al progetto di riassorbimento e/o ridurre le informazioni richieste

che il concorrente è tenuto a fornire, purché vengano esplicitamente riportate nella documentazione di gara. A titolo esemplificativo, qualora la clausola sociale sia stata inserita in appalti di servizi diversi da quelli ad alta intensità di manodopera la stazione appaltante potrebbe prescindere dalla richiesta di Piano di riassorbimento o limitare le informazioni richieste. Stesse considerazioni valgono anche nelle ipotesi in cui la clausola sociale interessi un numero limitato di lavoratori, oppure in caso di unicità di contratto collettivo applicabile.

2.5.4 – Indicazioni operative per le stazioni appaltanti in fase di controllo sull'applicazione della clausola sociale

Una buona progettazione dell'appalto deve temperare le misure tese a verificare il corretto adempimento delle prestazioni come contenuto nel Capitolato speciale, nel contratto e nell'offerta tecnica presentata. L'inserimento delle disposizioni in materia di personale e di clausola sociale impone che siano previste delle verifiche tese a riscontrare il rispetto delle prescrizioni inserite dalla stazione appaltante e del contenuto dell'offerta tecnica.

A questo fine occorre prevedere dei termini entro i quali il nuovo appaltatore sia tenuto a fornire tutta la documentazione comprovante il rispetto delle disposizioni in materia di clausole sociali ivi comprese quelle indicate in sede di offerta tecnica.

Si ritiene opportuno che la stazione appaltante inserisca, nella documentazione di gara, la previsione espressa che la stipula del contratto potrà avvenire previa attivazione, da parte dell'aggiudicatario, della procedura per il riassorbimento del personale impiegato nel precedente appalto. A tal fine è necessario precisare che la condizione si considera realizzata quando si sia tenuto un primo incontro, convocato dal nuovo appaltatore, con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del contratto (cd. *leader*) indicato nella documentazione di gara, cui parteciperà la stazione appaltante a mezzo del responsabile unico del procedimento, del direttore dell'esecuzione e del dirigente responsabile del contratto, ove diverso dal RUP.

La stazione appaltante, così operando, ha modo di constatare l'effettività del Progetto di riassorbimento presentato in sede di gara dal nuovo appaltatore e, nel contempo, di verificare, anche grazie al coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, la corretta attivazione della procedura, così come indicata dal contratto *leader*, finalizzata al riassorbimento del personale. Si ricorda che la clausola sociale contenuta nel contratto *leader* indicato dalla stazione appaltante è, in ogni caso, vincolante per il nuovo appaltatore il quale, anche nei casi in cui la stazione appaltante non abbia richiesto la presentazione di un Progetto di riassorbimento, è tenuto *prioritariamente ad assumere gli stessi lavoratori, che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente.*

La subordinazione della stipula del contratto all'attivazione, da parte del nuovo appaltatore, delle procedure per il cambio appalto, nel rispetto dell'offerta presentata e del contratto *leader*, descrive e sottolinea l'importanza che la stazione appaltante attribuisce alle finalità sociali correlate all'esecuzione delle prestazioni oggetto del servizio affidato.

Si reputa, inoltre, necessario attivare un presidio durante tutta la vigenza contrattuale finalizzato alla verifica della continuità nell'adempimento delle obbligazioni in materia di personale impiegato cui è tenuto il nuovo appaltatore per lo svolgimento del servizio; a tal fine può essere prevista, con espressa disposizione da inserire nel Capitolato o nel Contratto, l'effettuazione di una serie di incontri, stabilendone la periodicità, con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e l'appaltatore e la produzione, da parte di quest'ultimo, di specifica reportistica da presentare a determinati intervalli temporali.

In relazione a tutti gli adempimenti e alle obbligazioni cui l'appaltatore è tenuto, ai sensi della vigente normativa e del contratto, ivi comprese quelli afferenti al personale impiegato nell'appalto è necessario prevedere un sistema di penali e una graduazione delle gravità. Una tale impostazione, oltre a significare un valido deterrente al verificarsi di comportamenti non rispettosi degli obblighi in materia di personale, permette di procedere alla risoluzione del contratto nel caso di reiterate violazioni o al verificarsi di inadempimenti di particolare gravità, preventivamente identificate dalla stazione appaltante.

A tal fine è necessario identificare un processo di contestazione delle inadempienze e le concrete modalità di applicazione delle penali, prevedendo, oltre ad una formale contestazione con richiesta di controdeduzioni, un eventuale contraddittorio.

Da ultimo è necessario che sia espressamente previsto nel contratto l'obbligo per il nuovo fornitore di mettere a disposizione l'elenco del personale impiegato completo di tutte le informazioni necessarie ai sensi dell'articolo 5 della legge regionale 18/2019.

2.5.5 - La clausola sociale nelle procedure di gara indette dai Soggetti Aggregatori o da altre centrali di committenza.

Come accennato sopra, la normativa vigente in materia di centralizzazione degli acquisti prevede che determinati servizi siano affidati, dalle stazioni appaltanti, ricorrendo ai Soggetti Aggregatori di riferimento che sono, di conseguenza, tenuti ad effettuare le procedure di scelta del contraente e a mettere a disposizione, delle amministrazioni stesse, idonei strumenti contrattuali, solitamente Convenzioni *ex art.* 26 della legge 488/1999 o accordi quadro.

Con riferimento agli appalti ad alta intensità di manodopera, l'obbligo di cui all'articolo 50 del Codice in merito all'inserimento di clausole sociali, interessa, ovviamente, anche le procedure di scelta del contraente indette dai Soggetti Aggregatori o dalle centrali di committenza.

Si rinvia alle medesime argomentazioni espresse sopra, in riferimento agli obblighi informativi, al Piano di riassorbimento, alla valutazione che possono, integralmente, essere riprese e applicate alle procedure così dette aggregate, a condizione che vi sia esatta conoscenza dei dati afferenti al personale impiegato negli appalti in essere affidati dalle amministrazioni contraenti che, poi, utilizzeranno gli strumenti messi a disposizione dai soggetti aggregatori o dalle centrali di committenza. Il Soggetto Aggregatore o la centrale di committenza potrà, pertanto, richiedere e valutare un progetto di riassorbimento solo se effettivamente in grado di fornire tutte le informazioni previste dal legislatore regionale all'articolo 5 della legge 18/2019 e conseguentemente tenere conto dell'incidenza economica del riassorbimento del personale. A questo proposito è necessario che le stazioni appaltanti comunichino ai soggetti aggregatori di riferimento tutti i dati afferenti al personale impiegato negli appalti di servizi in essere, come indicati al richiamato articolo 5 della legge regionale, affinché il progetto di riassorbimento richiesto ai concorrenti interessi anche i lavoratori impiegati nell'esecuzione di detti appalti.

Nelle ipotesi in cui il soggetto aggregatore non sia in possesso dei dati afferenti il personale utilizzato potrebbe, così come previsto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con comunicato 29 maggio 2019 avente ad oggetto "*Chiarimenti in ordine alle Linee guida n. 13 recanti «La disciplina delle clausole sociali»*", individuare nella documentazione il contratto c.d. "*leader*" con la precisazione che l'operatore economico subentrante è tenuto ad applicare le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato. Dovrà altresì essere previsto che al personale impiegato per l'esecuzione dell'appalto è applicato, ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale 18/2019, "*il contratto collettivo nazionale, territoriale o aziendale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con le effettive attività da espletare nell'ambito dell'appalto*". Le amministrazioni contraenti che utilizzeranno lo strumento di acquisto messo a disposizione dal Soggetto Aggregatore o dalla centrale di committenza forniranno all'operatore economico contraente i dati afferenti al personale impiegato nell'appalto in corso di esecuzione e sulla base di tali dati richiederanno la presentazione di un progetto di riassorbimento. La documentazione di gara dovrà, pertanto, espressamente prevedere, in capo al contraente privato, l'obbligo di presentare a ciascuna amministrazione contraente un progetto atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). L'amministrazione contraente dovrà verificare, anche coinvolgendo le organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL proposto, la compatibilità del progetto, presentato dall'operatore economico, alla disciplina inserita nella documentazione di gara del Soggetto

Aggregatore relativamente alla clausola sociale e all'inquadramento del personale; non potrà esserci valutazione ma verifica di compatibilità effettuata a valle, in fase di utilizzazione dello strumento di acquisto.

Si ritiene che le finalità delle clausole sociali, alla luce dell'intervento legislativo della Regione Toscana, possano essere meglio perseguite, anche per le procedure effettuate in forma accentrate, solo se il Soggetto Aggregatore o la centrale di committenza siano in possesso dei dati di cui all'articolo 5 della legge regionale n. 18/2019 relative al personale utilizzato per l'esecuzione dei servizi nelle diverse amministrazioni contraenti. Solo attraverso una fattiva e reale collaborazione potranno raggiungersi gli obiettivi cui la clausola sociale tende: salvaguardia occupazionale e mantenimento dei livelli normativi e retributivi, perseguibili solo se gli operatori economici sono messi nelle condizioni di effettuare tutte le valutazioni necessarie a formulare una proposta concreta che assume rilevanza soprattutto in termini sociali.

2.6 – Conclusioni

Si ritiene di avere fornito indicazioni utili alle stazioni appaltanti per definire una disciplina, in materia di clausole sociali rispettosa dei principi comunitari, della legislazione nazionale, della copiosa giurisprudenza formatasi in materia, delle Linee Guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e delle ulteriori previsioni introdotte dalla Regione Toscana con il Protocollo di Intesa e la legge regionale 18/2019. Come chiaramente si evince da quanto sopra esposto si permette ai concorrenti di proporre e definire, attraverso l'offerta tecnica e compatibilmente alla propria organizzazione di impresa, un'ipotesi di riassorbimento, valevole come impegno nei confronti della stazione appaltante e dei lavoratori interessati dal cambio appalto. La stazione appaltante rende possibile la concretizzazione della proposta dell'operatore economico poiché determina importi posti a base di gara idonei a permettere l'applicazione completa della clausola sociale.

L'indicazione del contratto "*leader*", così come ribadito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, vincola l'aggiudicatario all'applicazione della clausola sociale ivi prevista, cioè a riassorbire prioritariamente il personale impiegato nell'appalto cessato e non risultano, generalmente, ricompresi altri obblighi riferiti al mantenimento dei livelli normativi e retributivi in godimento al suddetto personale. Un siffatto vincolo, potrebbe legittimamente scaturire, solo a seguito di una valutazione e ponderazione rimessa esclusivamente all'operatore economico concorrente che in offerta tecnica presenta un proprio "piano di riassorbimento" idoneo a concretizzare una reale proposta contrattuale, sia nei confronti della stazione appaltante sia nei confronti dei lavoratori interessati dal cambio appalto. Se poi la stazione appaltante - così come previsto all'articolo 6 della l.r. 18/2019 - tiene conto, nella valutazione dell'offerta, delle misure previste per favorire il riassorbimento del personale alle

dipendenze dell'appaltatore uscente e del relativo mantenimento dei livelli normativi e retributivi, risulta nella condizione di individuare, nel rispetto del principio della concorrenza, la proposta che maggiormente realizza i fini cui la clausola sociale tende, senza imporre, al nuovo appaltatore, un obbligo generalizzato di riassunzione e una restrizione del principio della libertà di iniziativa economica.