



AURORA DONATO

# CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI E VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE

**CON CASI PRATICI ED ESEMPI**

RELATIVI AI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE E ALL'APPLICAZIONE  
DELLE FORMULE MATEMATICHE PER L'ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI



**WEBAPP INCLUSA**  
CON AGGIORNAMENTO AUTOMATICO

**GRAFILL**

Aurora Donato

## **CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI E VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE**

Ed. I (10-2022)

ISBN 13 978-88-277-0348-9

EAN 9 788827 7 03489

Collana **MANUALI** (282), versione eBook



**Licenza d'uso da leggere attentamente  
prima di attivare la WebApp o il Software incluso**

Usa un QR Code Reader  
oppure collegati al link <https://grafill.it/licenza>

**Per assistenza tecnica sui prodotti Grafill** aprire un ticket su <https://www.supporto.grafill.it>

L'assistenza è gratuita per 365 giorni dall'acquisto ed è limitata all'installazione e all'avvio del prodotto, a condizione che la configurazione hardware dell'utente rispetti i requisiti richiesti.

© **GRAFILL S.r.l.** Via Principe di Palagonia, 87/91 - 90145 Palermo

Telefono 091/6823069 - Fax 091/6823313 - Internet <http://www.grafill.it> - E-Mail [grafill@grafill.it](mailto:grafill@grafill.it)

**CONTATTI  
IMMEDIATI**



**Pronto GRAFILL**  
Tel. 091 6823069



**Chiamami**  
[chiamami.grafill.it](http://chiamami.grafill.it)



**Whatsapp**  
[grafill.it/whatsapp](http://grafill.it/whatsapp)



**Messenger**  
[grafill.it/messenger](http://grafill.it/messenger)



**Telegram**  
[grafill.it/telegram](http://grafill.it/telegram)

Edizione destinata in via prioritaria ad essere ceduta nell'ambito di rapporti associativi.

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.

*Ai miei genitori*



# SOMMARIO

## PREMESSA.

<b>ALLA RICERCA DELLA MIGLIORE OFFERTA</b> .....	p.	7
<b>1. LA STRANA PARABOLA DEI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE</b> .....	"	9
1.1. L'originaria dicotomia fra i criteri di aggiudicazione .....	"	9
1.2. I criteri di aggiudicazione nella legge Merloni .....	"	13
1.3. I criteri di aggiudicazione nel primo Codice dei contratti pubblici .....	"	15
1.4. La nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa nelle direttive del 2014 e nel vigente Codice dei contratti pubblici .....	"	17
<b>2. LA SCELTA DEL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE: QUALITÀ CONTRO RISPARMIO?</b> .....	"	21
2.1. La scelta del criterio di aggiudicazione e la prevalenza del miglior rapporto qualità/prezzo .....	"	21
2.2. La comparazione costo/efficacia e i costi del ciclo di vita .....	"	27
2.3. L'aggiudicazione di appalti con il costo fisso .....	"	31
2.4. Il tetto massimo per il punteggio economico .....	"	34
2.5. I criteri nei contratti sotto soglia .....	"	36
2.6. I criteri nelle concessioni .....	"	41
<b>3. ALLA RICERCA DELLA MIGLIORE OFFERTA TECNICA</b> .....	"	45
3.1. I criteri di valutazione dell'offerta tecnica: l'individuazione e la ponderazione .....	"	45
3.2. La precisazione dei criteri da parte della commissione .....	"	53
3.3. L'elenco esemplificativo di criteri di cui all'art. 95, co. 6 .....	"	57
3.4. I criteri di valutazione di natura soggettiva e l'esperienza del concorrente .....	"	64

3.5.	Il <i>rating</i> di legalità e gli altri criteri premiali di cui all'art. 95, co. 13 .....	p.	71
3.6.	I criteri tabellari o on/off .....	"	79
3.7.	I criteri ambientali minimi premianti.....	"	84
3.8.	I criteri per i contratti del PNRR e nella nuova delega in materia di contratti pubblici.....	"	91
3.9.	Le varianti nell'offerta tecnica .....	"	99
3.10.	Il divieto di valutare opere aggiuntive.....	"	105
3.11.	La contestazione dei criteri di valutazione .....	"	107
4.	<b>DAI CRITERI AL PUNTEGGIO</b> .....	"	110
4.1.	La redazione delle offerte tecniche .....	"	110
4.2.	Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica.....	"	122
4.3.	La valutazione delle offerte tecniche.....	"	125
4.4.	L'attribuzione del punteggio agli elementi quantitativi .....	"	131
4.5.	L'attribuzione del punteggio agli elementi qualitativi .....	"	145
4.6.	La soglia di sbarramento qualitativa .....	"	149
4.7.	La facoltà di non aggiudicare .....	"	151
4.8.	I meccanismi per la formazione della graduatoria .....	"	153
4.9.	La riparametrazione dei punteggi .....	"	157
4.10.	La contestazione della valutazione dell'offerta tecnica .....	"	163
	<b>CONCLUSIONI.</b>		
	<b>DEMISTIFICARE LA VALUTAZIONE</b> .....	"	173
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	"	174
	<b>CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP</b> .....	"	176
	Contenuti della WebApp.....	"	176
	Requisiti hardware e software.....	"	177
	Attivazione della WebApp.....	"	177

## PREMESSA. ALLA RICERCA DELLA MIGLIORE OFFERTA

I criteri di aggiudicazione e, più in generale, le modalità di attribuzione del punteggio alle offerte tecniche ed economiche sono un aspetto fondamentale della disciplina degli appalti pubblici, perché è attraverso la loro applicazione che le stazioni appaltanti selezionano l'offerta più adatta a soddisfare le loro esigenze e, in fin dei conti, i concorrenti vincono o perdono la gara.

Infatti, anche in un contesto in cui le formalità per la partecipazione alle gare sono sempre molto gravose per gli operatori, non bisogna dimenticare che l'obiettivo principale delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici resta quello di selezionare l'offerta migliore, ovverosia l'offerta che – ferma restando la sua congruità e sostenibilità e il possesso dei requisiti da parte del soggetto che la ha presentata – soddisfi, più di tutte, le esigenze dell'amministrazione in relazione alla specifica procedura di gara, ivi incluse quelle di gestire efficacemente il denaro pubblico e di valorizzare taluni aspetti ambientali e sociali, divenuti sempre più rilevanti negli ultimi anni.

Come spesso accade quando la decisione compete ad una pubblica amministrazione, il processo per stabilire se un'opzione sia "migliore" rispetto alle altre non è agevole. I meccanismi per l'individuazione, tra le offerte pervenute, ammesse e congrue, di quella da considerare la migliore sono proceduralizzati e disciplinati da una serie di norme, nel solco dei principi di imparzialità e buon andamento, ma lasciano anche spazio alla discrezionalità della stazione appaltante a monte, nella scelta dei criteri, e della commissione di gara a valle, ove vi sia una valutazione qualitativa, nella loro applicazione.

In un contesto estremamente dinamico e mutevole come quello della disciplina degli appalti pubblici, i criteri di aggiudicazione sembrano bilanciarsi in un equilibrio precario tra varie esigenze, oscillando tra favore e diffidenza per la valutazione discrezionale e qualitativa da parte delle stazioni appaltanti. Da ultimo, dopo una serie di decreti-legge intitolati alle semplificazioni e al PNRR, il Parlamento ha approvato una legge delega per l'adozione, da parte del Governo, di uno o più decreti legislativi "*recanti la disciplina dei contratti pubblici*" (L. 21 giugno 2022, n. 78). Se chi scrive in materia di appalti pubblici dovesse attendere un momento in cui il quadro normativo sembra essersi consolidato, non verrebbe mai pubblicata in questo ambito nemmeno una parola. Nel caso del presente volume, si affronta comunque una tematica molto plasmata dalla prassi e dalla giurisprudenza, che difficilmente subirà particolari modifiche, anche alla luce del contenuto

della legge delega, sulla quale comunque ci si sofferma. Al contempo, le ultime tendenze, ad esempio – sull’onda del PNRR – in materia di criteri sociali, quali quelli volti a promuovere le pari opportunità generazionali e di genere e l’inclusione lavorativa delle persone con disabilità, trovano ampio spazio nella trattazione.

Questo volume vuole fornire, tramite casi pratici ed esempi, strumenti utili sia alle imprese che alle amministrazioni. Tanto le imprese che partecipano alle gare quanto le amministrazioni che le bandiscono, infatti, devono comprendere a fondo i meccanismi di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi: le stazioni appaltanti, al fine di scegliere i sistemi più adatti alle loro esigenze e applicarli correttamente, e gli operatori, per formulare le offerte in modo consapevole e riconoscere possibili anomalie, su cui eventualmente, al ricorrere dei necessari presupposti, agire anche in giudizio.

# LA STRANA PARABOLA DEI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

## 1.1. L'originaria dicotomia fra i criteri di aggiudicazione

È utile iniziare la presente trattazione con una breve ricostruzione dell'evoluzione storica più recente dell'assetto dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici, per comprendere le spinte contrapposte che caratterizzano, in realtà da parecchi anni, un sistema che non ha ancora raggiunto un equilibrio stabile e definitivo.

Prima dell'adozione del vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50<sup>1</sup>), venivano tradizionalmente individuati due soli criteri di aggiudicazione:

- il criterio del **prezzo più basso**<sup>2</sup>, per cui la selezione delle offerte si basa esclusivamente su una valutazione di convenienza economica e la gara viene aggiudicata al concorrente che si offre di eseguire la prestazione in cambio del corrispettivo inferiore o che offre il massimo ribasso rispetto all'importo o all'elenco prezzi posto a base di gara, ferma restando la compatibilità di quanto offerto con le specifiche tecniche richieste e la congruità, serietà e sostenibilità dell'offerta economica, da accertarsi con la c.d. *verifica dell'anomalia*;
- il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**, nel significato attribuito a tale espressione a suo tempo, per cui la selezione si basa su una serie di voci che riguardano anche aspetti ulteriori rispetto al prezzo, quali le qualità tecniche del bene, servizio o lavoro da acquistare.



Come spesso accade, ciascuno dei due criteri presenta sia svantaggi che vantaggi<sup>3</sup>. Con il susseguirsi delle indicazioni sovranazionali, ma anche di riflesso alle diverse fasi

<sup>1</sup> Di seguito anche semplicemente "il Codice".

<sup>2</sup> Il Codice vigente lo definisce invece "minor prezzo".

<sup>3</sup> Lo sottolineano, fra gli altri, A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, p. 814.

politico-culturali della vita del Paese, la preferenza – tanto del legislatore, quanto dell'opinione pubblica – per l'uno o l'altro criterio è mutata radicalmente. Pertanto, è opportuno soffermarsi, anche in astratto, sugli aspetti positivi e negativi di ciascun metodo, fermo restando che tendenzialmente non esiste un criterio migliore dell'altro in assoluto, ma si tratta, invece, di una valutazione che dipende dalla singola gara<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda il criterio del prezzo più basso, evidentemente il suo utilizzo può consentire un risparmio di risorse pubbliche, selezionando fra quelle disponibili – ferma restando la verifica del rispetto dei minimi salariali e della congruità dell'offerta – l'offerta che implica per l'amministrazione il costo inferiore. Anche la valutazione qualitativa nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sempre nell'accezione più risalente) è tendenzialmente accompagnata dall'attribuzione di un punteggio all'elemento del prezzo della prestazione, ma poiché in questo caso il prezzo costituisce solo una delle voci valutate, è ben possibile che l'aggiudicatario non sia il soggetto che aveva offerto il prezzo più basso o il massimo ribasso, ma che sia invece un altro concorrente che ha ottenuto il migliore punteggio complessivo grazie alla valutazione della sua offerta tecnica.

Un altro aspetto positivo dell'aggiudicazione di un appalto al massimo ribasso è che la procedura, mancando del tutto la fase di valutazione delle offerte tecniche, risulta caratterizzata da semplicità, immediatezza e rapidità<sup>5</sup>.

Non è un caso che, nei momenti più critici dell'emergenza sanitaria da Covid-19, tra le deroghe ammesse per l'aggiudicazione di contratti pubblici la cui esecuzione era ritenuta urgente per ragioni di contenimento dei contagi o per altre ragioni connesse alla fase di emergenza (quali la ripresa dell'attività didattica nelle scuole), vi era quella della possibilità di utilizzare il criterio del massimo ribasso in via eccezionale anche in casi in cui non sarebbe stato consentito dalla disciplina vigente.

#### **FOCUS – Le deroghe alla disciplina dei criteri di aggiudicazione durante l'emergenza sanitaria da Covid-19**

Tra le deroghe introdotte nella fase di emergenza sanitaria si segnalano:

- **l'art. 34 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9**, che ha autorizzato durante lo stato di emergenza l'acquisizione di dispositivi di protezione individuali e altri dispositivi medicali in deroga al Codice dei contratti pubblici, inclusa la disciplina dei criteri di aggiudicazione;
- **l'art. 12 del D.L. 9 marzo 2020, n. 14**, che, al fine di incrementare la disponibilità di dispositivi per il potenziamento dei reparti di terapia intensiva ha autorizzato il Dipartimento della protezione civile, per il tramite di Consip, ad acquistare in

<sup>4</sup> Nel quadro normativo vigente, tuttavia, come vedremo a breve, in molti casi non si tratta più di una libera scelta delle stazioni appaltanti, avendo il legislatore compiuto una valutazione a monte, delimitando le ipotesi in cui è possibile utilizzare l'uno o l'altro criterio.

<sup>5</sup> Così R. Dipace, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, p. 639.

- deroga ai limiti di valore previsti dal Codice dei contratti pubblici per gli acquisti in somma urgenza, di cinquemila impianti di ventilazione assistita e dei materiali necessari per il loro funzionamento<sup>6</sup>. Ai sensi dell'art. 3 dell'ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile 3 febbraio 2020, n. 630, tali procedure – ferma restando la necessaria corrispondenza dei dispositivi con le specifiche tecniche previste – sono state aggiudicate secondo il criterio del minor prezzo;
- **l'art. 7-ter del D.L. 8 aprile 2020, n. 22** (conv. con mod. dalla L. 6 giugno 2020, n. 41), che, al fine di garantire la rapida esecuzione di interventi di edilizia scolastica, anche in relazione all'emergenza da Covid-19, autorizza i sindaci e i presidenti delle province e delle città metropolitane ad operare con i poteri dei commissari straordinari di cui all'art. 4 del D.L. n. 32/2019, ivi inclusa la deroga all'art. 95, co. 3, del Codice dei contratti pubblici, che disciplina i casi di utilizzo obbligato del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (l'operatività di tale ultima disposizione, introdotta in sede di conversione, è stata da ultimo prorogata al 31 dicembre 2026 dal D.L. 31 maggio 2021, n. 777).

Tornando agli aspetti positivi dell'utilizzo del criterio del massimo ribasso, trattandosi di una modalità di scelta del contraente basata su un parametro quantitativo interamente predeterminato, tanto la difficoltà che a volte incontrano le stazioni appaltanti nell'individuare parametri di valutazione in grado di differenziare effettivamente le offerte tecniche l'una dall'altra, quanto le complessità legate all'esercizio della discrezionalità da parte della commissione giudicatrice nell'attribuzione del punteggio tecnico sono sostanzialmente azzerate<sup>8</sup>.

Al contempo, prescindere dalla richiesta di presentare un'offerta tecnica non incentiva i concorrenti (o addirittura non consente loro) di offrire prodotti, servizi o lavorazioni di qualità superiore a quella minima richiesta dalla documentazione di gara, ovviamente ove ciò sia in concreto possibile in relazione alla natura della prestazione. L'amministrazione viene così privata di uno strumento per sollecitare la proposizione di soluzioni innovative cui essa magari non sarebbe in grado di arrivare da sola, ma che potrebbero giovarle.

Inoltre, nella percezione comune è molto radicata la convinzione che tale criterio possa spingere gli operatori a contrarre eccessivamente i propri costi, ivi inclusi quelli legati alla manodopera, al fine di offrire il prezzo più basso rispetto agli altri concorrenti ed aggiudicarsi la gara. Tale convinzione ha senz'altro un fondamento, ma deve comunque essere soppesata con la disciplina della verifica dell'anomalia, del rispetto dei minimi salariali e dell'incomprimibilità dei costi della sicurezza sul lavoro.

<sup>6</sup> La L. 24 aprile 2020, n. 27, ha disposto (con l'art. 1, co. 2) l'abrogazione del D.L. n. 9/2020 e del D.L. n. 14/2020. Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge.

<sup>7</sup> Conv. con mod. dalla L. 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>8</sup> Discrezionalità che, a torto o a ragione, nell'ambito degli appalti pubblici è «a volte considerata fattore in cui si annida la possibilità di corruzione», come ha sottolineato il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782).

Aggiudicare una gara d'appalto in base a una valutazione anche qualitativa – cioè con il criterio dell'“offerta economicamente più vantaggiosa”, secondo l'accezione originaria dell'espressione<sup>9</sup> – implica, invece, che i concorrenti presentino anche un'offerta tecnica, che viene valutata da un'apposita commissione nominata dalla stazione appaltante. Escludendo una competizione basata solo sul prezzo, vengono valorizzati gli aspetti qualitativi delle offerte e, a seconda dell'oggetto e dell'impostazione della gara, i concorrenti possono essere stimolati ad esprimere in modo originale le proprie capacità<sup>10</sup>, favorendo lo sviluppo sotto il profilo tecnico<sup>11</sup>, promuovendo la concorrenza fra gli operatori e magari conseguendo soluzioni migliori per l'amministrazione.

La valutazione degli aspetti qualitativi delle offerte, d'altro canto, implica un aggravamento della procedura. È infatti necessario che l'amministrazione, nella fase della stesura della documentazione di gara, dedichi tempo all'elaborazione dei criteri di valutazione e all'attribuzione a ciascuno di essi di un peso in termini di punteggio. Come si vedrà, peraltro, in alcuni casi per l'amministrazione è tutt'altro che semplice elaborare dei parametri che consentano un'effettiva differenziazione delle offerte tecniche su profili realmente connessi alle sue esigenze, a maggior ragione da quando è stato introdotto un tetto massimo per il punteggio attribuibile all'elemento economico nell'ambito di questa tipologia di criterio<sup>12</sup>.

Ove l'oggetto dell'appalto non si presti a un confronto concorrenziale su aspetti tecnici – per la natura della prestazione o del relativo mercato o perché l'amministrazione pone a base di gara un progetto o un capitolato già estremamente dettagliato – i parametri di valutazione possono risultare poco legati all'effettivo oggetto della gara, oppure possono finire per attribuire punteggio a elementi riscontrabili in tutte le offerte, determinando un appiattimento della valutazione e riportando di fatto la comparazione solo sul prezzo.

La selezione qualitativa, inoltre, aggrava il procedimento anche nella fase successiva alla presentazione delle offerte, che dovranno essere valutate da una commissione giudicatrice appositamente nominata che sia in grado di apprezzare e comparare le varie offerte pervenute anche sotto il profilo tecnico.

Rispetto alla formazione della graduatoria in base al solo dato del prezzo offerto, la previsione di una valutazione anche qualitativa rende dunque più complessa e costosa la gestione della procedura, aumentando potenzialmente i rischi di contenzioso<sup>13</sup> e lasciando ampi margini di discrezionalità ai commissari nell'attribuzione dei punteggi, in un contesto in cui una minima differenza di punteggio su uno specifico aspetto di un progetto

<sup>9</sup> Si tornerà a breve sull'evoluzione che vi è stata nel significato di tale espressione.

<sup>10</sup> Sottolinea questo aspetto B.G. Carbone, *La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel D.Lgs. n. 152/2008 (terzo correttivo al D.Lgs. n. 163/2006)*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini, F. Tedeschini, Torino, Giappichelli, 2016, p. 195.

<sup>11</sup> Così M. Lipari, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2007, p. 7.

<sup>12</sup> All'art. 95, co. 10-bis, del D.Lgs. n. 50/2016, introdotto dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici.

<sup>13</sup> Lo sottolinea sempre M. Lipari, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, cit., p. 7.

può determinare l'affidamento di commesse anche di valore molto elevato ad un operatore anziché ad un altro.

La procedura risulta più onerosa anche per gli operatori che, per partecipare, devono redigere un'apposita proposta progettuale di carattere tecnico, talora anche molto estesa e dettagliata. Non bisogna dimenticare, inoltre, che – salvo alcune eccezioni<sup>14</sup> – anche in questo caso vi è un'offerta economica a cui viene attribuita una parte del punteggio e, quindi, si verifica comunque una competizione al ribasso sul prezzo fra gli operatori. Certo, non è detto che la gara sia vinta poi da chi abbia effettivamente offerto il prezzo più basso, potendo il punteggio economico essere compensato da quello qualitativo, sempre che ovviamente l'oggetto della gara abbia consentito all'amministrazione di individuare criteri di valutazione delle offerte tecniche efficaci, scongiurando il rischio dell'appiattimento dei punteggi.

Vi sono dunque aspetti positivi e negativi con riferimento ad entrambi gli approcci, la cui efficacia deve essere valutata in concreto con riferimento all'oggetto della prestazione da affidare, all'impianto complessivo della procedura di gara e alla situazione della specifica amministrazione appaltante.

Del resto, l'esperienza insegna che condotte anticoncorrenziali o illecite si possono verificare a prescindere dal criterio di aggiudicazione adoperato<sup>15</sup>, il che sconsiglia di far prevalere un modello sull'altro in base alla sola aspettativa di una sua presunta maggiore impermeabilità rispetto ad indebite ingerenze nella selezione.

## 1.2. I criteri di aggiudicazione nella legge Merloni

Il rapporto fra i due criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici appena descritti – prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa nell'accezione originaria – ha tracciato nel corso del tempo una sorta di parabola, evolvendosi dall'iniziale prevalenza del criterio solo economico, passando per una fase di equivalenza fra i due sistemi, fino al momento attuale, caratterizzato da uno spiccato favore per la valutazione anche qualitativa delle offerte.

Inizialmente, la selezione dei possibili contraenti nella disciplina nazionale tradizionale si basava su di una serie di meccanismi, tutti sostanzialmente volti a individuare la migliore offerta sotto il profilo economico<sup>16</sup>.

La distinzione fra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa deriva dalle direttive comunitarie, a partire dalla direttiva 71/305/CEE,

<sup>14</sup> Gli appalti c.d. *a costo fisso* saranno affrontati nel par. 2.3.

<sup>15</sup> In tal senso L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, p. 321, condivisibilmente conclude che «la scelta del criterio andrebbe fatta, allora, secondo parametri di efficienza e di idoneità rispetto al tipo di appalto e al suo oggetto, lasciando la prevenzione e la punizione delle condotte collusive o corruttive alle autorità di controllo e al giudice penale, quando necessario».

<sup>16</sup> Si veda l'art. 73 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827. Era invece eccezionale l'ipotesi dell'appalto-concorso, in cui si valutavano anche gli elementi tecnici delle offerte (art. 40 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e art. 40 del R.D. n. 827/1924, *cit.*).

che precisava che nel secondo caso «*i criteri sui quali le amministrazioni aggiudicatrici si fondano per l'aggiudicazione dell'appalto*» consistono in «*diversi criteri variabili secondo l'appalto, quali il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico*»<sup>17</sup>.

Nella nota legge c.d. *Merloni* del 1994<sup>18</sup>, il **criterio di aggiudicazione ordinario** per gli appalti di lavori era quello del **prezzo più basso**, salvo che nelle ipotesi di appalto-concorso, in cui, nella valutazione dell'offerta, era richiesto si prendessero in considerazione non solo la sua convenienza economica, ma anche i progetti tecnici o artistici elaborati dai concorrenti<sup>19</sup>.

Si trattava di un'impostazione peculiare del nostro Paese, presumibilmente da ricollegarsi al momento storico in cui la legge *Merloni* è stata adottata, segnato dall'inchiesta c.d. *Mani Pulite* e dalla tendenza a valorizzare all'estremo l'imparzialità e la trasparenza delle procedure e a ridurre il più possibile i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'individuazione dei propri contraenti<sup>20</sup>.

Non molti anni fa, dunque, l'impostazione era esattamente opposta rispetto a quella attuale, che, come si vedrà, sembra preferire la valutazione qualitativa. Alla luce del dibattito odierno colpisce, ad esempio, la determinazione dell'allora Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 7 dicembre 2000, n. 53, in cui viene considerato illegittimo l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, perché il criterio ordinario è appunto quello del prezzo più basso.

Tuttavia, la scelta del legislatore italiano di privilegiare negli appalti di lavori il criterio del prezzo più basso è stata contestata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, che ha ritenuto che la fissazione, in termini generali e astratti, di un unico criterio di aggiudicazione privasse le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo ad assicurare la selezione della migliore offerta, ma anche «*a garantire la libera concorrenza*»<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. l'art. 29 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

<sup>18</sup> Così viene chiamata, dal nome del Ministro dei lavori pubblici dell'epoca, la L. 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*). Dopo alcune modifiche, la legge è stata abrogata dal Codice dei contratti pubblici del 2006 (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

<sup>19</sup> Cfr. l'art. 21, co. 1 e 2 della L. n. 109/1994. Anche nell'affidamento di concessioni mediante licitazione privata si adoperava il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per i servizi e le forniture "sopra soglia", invece, l'art. 23 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e l'art. 16 del D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, recepiamo testualmente sul punto rispettivamente le direttive 92/50/CEE (per i servizi) e 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE (per le forniture), che, come la già richiamata direttiva 71/305/CEE, ponevano i due criteri sullo stesso piano. Con l'eccezione dell'art. 8, che dettava alcune regole per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di forniture, non vi era invece alcuna disciplina sistematica dei criteri per i contratti sotto soglia di servizi e forniture.

<sup>20</sup> Si veda M. Andreis, *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 104.

<sup>21</sup> CGUE, 7 ottobre 2004, C-247/02, su cui si veda anche il commento di G. Taccogna, *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Foro amm.* – TAR, 2004. La legge *Merloni* è stata ritenuta in contrasto con l'art. 30 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che riprendeva sul punto la già richiamata direttiva 71/305/CEE.

### 1.3. I criteri di aggiudicazione nel primo Codice dei contratti pubblici

Anche in seguito a tale presa di posizione della Corte di Giustizia, il primo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004, aveva individuato i due criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa quali ipotesi:

- **tassative**, nel senso che, come richiesto dal considerando n. 46 della direttiva 2004/18/CE, era ammessa solo l'applicazione di uno dei due criteri, escludendo altre metodologie<sup>22</sup>;
- **equivalenti**, nel senso che le stazioni appaltanti potevano scegliere fra i due criteri quello «*più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto*» (art. 81, co. 2, del D.Lgs. n. 163/2006).

L'equivalenza fra i due criteri – a ciascuno dei quali era dedicato un apposito articolo del Codice, rispettivamente l'82 e l'83 – rimetteva interamente alla valutazione discrezionale della stazione appaltante la scelta di quale adottare con riferimento alla singola procedura, esplicitandola nella documentazione di gara<sup>23</sup>. Sostanzialmente, l'amministrazione doveva decidere, al momento di impostare la gara, se l'interesse pubblico che intendeva perseguire con la gara sarebbe stato più adeguatamente soddisfatto tenendo conto solo del fattore prezzo o se, invece, fosse preferibile sottoporre a valutazione «*una giusta combinazione di elementi quantitativi e qualitativi delle offerte*»<sup>24</sup>.

La scelta discrezionale era sindacabile in base ai consueti parametri, venendo ad esempio considerata macroscopicamente illogica la decisione di aggiudicare la gara al prezzo più basso, laddove la documentazione di gara attribuiva poi rilievo ad «*aspetti qualitativi variabili dell'offerta*», quali il valore tecnologico delle prestazioni e il livello qualitativo dei servizi<sup>25</sup>.

L'art. 82 del D.Lgs. n. 163/2006 si soffermava sul criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, distinguendo le relative modalità di determinazione (il ribasso e l'offerta a prezzi unitari) e il tipo di contabilizzazione del contratto:

- a) **a corpo**, se il prezzo non varia rispetto alla verifica dell'effettiva quantità della prestazione eseguita;
- b) **a misura**, se il capitolato fissa i prezzi per unità di misura per ogni tipologia di prestazione e il corrispettivo si determina applicando tali prezzi alle quantità effettivamente realizzate<sup>26</sup>;

<sup>22</sup> Tale impostazione è ricollegata dal considerando n. 46 all'esigenza di aggiudicare l'appalto «*applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza*».

<sup>23</sup> L'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) ha rilevato che dal principio di equivalenza tra i due criteri derivava «*l'impossibilità di dare indicazioni preventive ed astratte circa la scelta del criterio più adeguato*» (determinazione 8 ottobre 2008, n. 5).

<sup>24</sup> Cfr. AVCP, determinazione n. 5/2008, cit.. Si veda anche V. Sciancalepore, Artt. 94-99, in *Il Codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di F. Garella, M. Mariani, Torino, Giappichelli, 2016, p. 250.

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408.

<sup>26</sup> Le due ipotesi sono ben illustrate da S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 987.

- c) **in parte a corpo e parte a misura**, ipotesi in cui il prezzo più basso deve essere necessariamente determinato mediante un'offerta a prezzi unitari.

Il successivo art. 83, invece, disciplinava il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, elencando a titolo esemplificativo i criteri da adoperare per valutare l'offerta tecnica, con una lista in parte diversa da quella attualmente vigente.

Spunti interessanti, anche per la fase attuale, derivano dalla previsione per cui l'offerta migliore doveva essere determinata anche al netto delle spese relative al **costo del personale**, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore. Tale previsione era stata dapprima inserita nel 2011 con riferimento a entrambi i criteri, ma poi abrogata dopo pochi mesi<sup>27</sup>. Era stata poi reinserita nel 2013 nell'art. 82 e, dunque, con un ambito di applicazione limitato alle gare da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo<sup>28</sup>.

Questa disposizione è stata oggetto di intense critiche, ad esempio dalla allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) che, nell'atto di segnalazione 19 marzo 2014, n. 2, ne ha sottolineato la scarsa chiarezza, individuando due possibili interpretazioni:

- 1) quella secondo cui la stessa impresa doveva indicare separatamente nella propria offerta il costo del personale;
- 2) quella secondo cui il costo del personale dovesse essere determinato *ex ante* nel bando di gara dalla stazione appaltante, per sottrarlo al confronto competitivo.

L'AVCP rilevava che entrambe le soluzioni presentavano criticità, fra cui quella che, in alcuni lavori e in alcuni servizi, l'eccessiva incidenza del costo del personale poteva determinare la sottrazione al ribasso di una quota rilevante di prezzo, limitando la competizione ad una piccola quota dello stesso e spingendo le imprese a offrire ribassi maggiori.

Inoltre, con riferimento alla prima ipotesi, l'AVCP segnalava che l'applicazione del ribasso si sarebbe svolta su quote diverse da un operatore all'altro, mentre con riferimento alla seconda rilevava che, se il costo del personale unitario (orario, settimanale, mensile o comunque periodico in relazione ai diversi contratti di lavoro) poteva essere predeterminato in misura più o meno ragionevole, pur nella complessità dei vari CCNL applicabili, il costo complessivo, dato dalla somma dei prodotti tra i costi unitari dei singoli lavoratori, per il tempo impiegato da ciascuno di essi, poteva essere oggetto solo di mere ipotesi che prescindono dalla reale organizzazione dell'impresa che poi si sarebbe aggiudicata l'appalto, dalla disponibilità dei suoi mezzi, dalla logistica e dalle modalità costruttive dalla stessa impiegate. La predeterminazione da parte dell'amministrazione del costo complessivo del personale avrebbe rischiato di diventare un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario oppure, nel caso di sottostima da parte della stazione appaltante, una penalizzazione.

<sup>27</sup> Si trattava dell'art. 81, co. 3-*bis*, inserito dall'art. 4, co. 2, lett. *i-bis*, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. con mod. dalla L. 12 luglio 2011, n. 106), e poco dopo abrogato dall'art. 44, co. 2, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. con mod. dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214).

<sup>28</sup> Il co. 3-*bis* dell'art. 82 è stato introdotto dall'art. 32, co. 7-*bis*, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (conv. con mod. dalla L. 9 agosto 2013, n. 98).

L'Autorità aveva addirittura concluso che «*la disposizione in parola non po[teva] trovare applicazione senza incorrere nelle criticità prospettate nonché senza ingenerare gli effetti distortivi del mercato sopra rappresentati*» e, in effetti, al momento dell'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici nel 2016, anziché cercare di risolvere le criticità evidenziate, si è direttamente espunta la previsione, relegando la tutela dell'adeguatezza della retribuzione dei lavoratori alla fase (eventuale) di verifica della congruità dell'offerta<sup>29</sup>.

#### 1.4. La nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa nelle direttive del 2014 e nel vigente Codice dei contratti pubblici

L'assetto basato sulla bipartizione tra minor prezzo ed offerta economicamente più vantaggiosa quali unici due criteri tassativi ed equivalenti è stato parzialmente scompaginato dalle direttive che nel 2014 hanno riordinato il quadro normativo europeo in materia di contratti pubblici<sup>30</sup>. L'inquadramento a livello di Unione europea dei criteri di aggiudicazione, infatti, è stato influenzato dal mutamento di prospettiva che ha portato ad assegnare **finalità ulteriori e di più ampio respiro** alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, quali l'inclusione sociale e la tutela dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori. La tendenza a valorizzare il concetto di *Green Public Procurement* nelle istituzioni dell'Unione europea, infatti, si è andata progressivamente rafforzando<sup>31</sup> ed è stata poi affiancata da quella a considerare nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici anche aspetti sociali<sup>32</sup>, quali «*opportunità di lavoro, il miglioramento del livello di competenze e la riqualificazione della forza lavoro, condizioni di lavoro dignitose, l'inclusione sociale, la parità di genere e la non discriminazione, l'accessibilità, una progettazione adeguata per tutti, il commercio etico, nonché cercare di conseguire un rispetto più ampio degli standard sociali*»<sup>33</sup>. Tale impostazione si basa sulla considerazione che la spesa degli acquirenti pubblici ha un peso significativo (corrispondendo attualmente a un importo pari a oltre il 14% del prodotto interno lordo dell'UE<sup>34</sup>) e che, pertanto, tali soggetti, sfruttando il loro potere d'acquisto per optare per beni e servizi con impatti sociali ed

<sup>29</sup> Attualmente, sia per i costi della manodopera che per gli oneri aziendali di sicurezza è richiesta un'indicazione separata, ma solo con riferimento agli oneri di sicurezza è previsto che siano scorporati dall'importo assoggettato al ribasso (cfr. art. 23, co. 16, e art. 95, co. 10, del D.Lgs. n. 50/2016).

<sup>30</sup> Le note direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Ai fini del presente volume rileva soprattutto la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.

<sup>31</sup> Già nella Comunicazione intitolata "Appalti pubblici per un ambiente migliore" (COM (2008) 400 del 16 luglio 2008), il concetto di *Green Public Procurement* veniva definito come quel processo «*mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un impatto ambientale ridotto per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con la stessa funzione primaria ma oggetto di una procedura di appalto diversa*».

<sup>32</sup> Nel 2011 la Commissione europea ha pubblicato la prima versione di un documento intitolato "Acquisti sociali: Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", di cui di recente è stata pubblicata la seconda edizione (2021/C 237/01, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 18 giugno 2021).

<sup>33</sup> Commissione europea, *Acquisti sociali: Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici - seconda edizione*, cit..

<sup>34</sup> *Ibidem*.

ambientali positivi, possono contribuire in modo significativo al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea in tali ambiti.

Nel contesto descritto, ai criteri di aggiudicazione viene attribuita una funzione ulteriore rispetto a quella dell'individuazione dell'offerta migliore per la stazione appaltante, o meglio, si ritiene che l'offerta migliore per la stazione appaltante possa essere quella che valorizza (anche) aspetti ambientali o sociali<sup>35</sup>.

In effetti, il cambiamento principale al riguardo sembra essersi realizzato **sul piano terminologico**<sup>36</sup>. Dopo aver sottolineato che nell'indicazione dei criteri di aggiudicazione è essenziale un linguaggio semplice ed efficace, il considerando n. 89 della direttiva 2014/24/UE afferma che da quel momento in poi la locuzione «*offerta economicamente più vantaggiosa*» sarebbe stata adoperata per definire tutti i criteri di aggiudicazione e non più per indicare solamente il criterio in cui si valutano anche gli aspetti qualitativi delle offerte. Se si ragiona sul significato testuale dell'espressione, effettivamente, anche quando l'unico parametro di valutazione sia il prezzo, la selezione compiuta dalle stazioni appaltanti è volta a individuare l'offerta «*economicamente più vantaggiosa*».

#### **LE FONTI – Il considerando n. 89 della direttiva 2014/24/UE**

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

Gli operatori del settore (e i legislatori degli Stati membri) erano abituati a utilizzare da molti anni l'espressione per indicare uno specifico criterio. La consapevolezza della portata del cambiamento di linguaggio richiesto dalla direttiva emerge dallo stesso considerando, che, «*per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente*

<sup>35</sup> Il descritto cambiamento di prospettiva, a ben vedere, implica anche che le decisioni sul punto abbiano effetti sull'intera collettività, attribuendo alle stazioni appaltanti ulteriori responsabilità che richiedono competenze e risorse, come sottolinea P. Chirulli, *Criteri di aggiudicazione dell'appalto. Art. 95*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.M. Esposito, Torino, Utet, 2017, vol. I, p. 1233.

<sup>36</sup> Vi sono anche numerosi elementi di valorizzazione di aspetti ambientali e sociali fra i vari possibili criteri di valutazione delle offerte tecniche indicati dalle norme, su cui si tornerà nel terzo capitolo.

*noto come offerta economicamente più vantaggiosa», stabilisce che «occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto», e cioè l'espressione – in effetti molto più calzante – di «miglior rapporto qualità/prezzo».*

Il sovvertimento terminologico appena descritto ha creato non poca confusione nelle prime interpretazioni, che, arrestandosi all'affermazione per cui l'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce un "*concetto prioritario*", hanno a volte ritenuto che la direttiva intendesse privilegiare il criterio in precedenza così denominato, a discapito dell'affidamento al massimo ribasso. In realtà, se un elemento di disfavore per il criterio del minor prezzo – da ricollegarsi anche alla descritta nuova impostazione dell'utilizzo degli appalti pubblici come strumento di politiche sociali ed ambientali – è senz'altro presente nella direttiva del 2014, è importante sottolineare che **non sussiste in proposito alcun vincolo per gli Stati membri**. Infatti, dopo aver precisato che la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere effettuata *«anche soltanto sulla base del prezzo»*<sup>37</sup>, la direttiva rimette agli Stati membri la **facoltà** di inibire alle amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o di limitare l'utilizzo di tale criterio a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a specifiche tipologie di appalto, *«al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici»*<sup>38</sup>.

#### **LE FONTI – Il considerando n. 90 della direttiva 2014/24/UE**

*«L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. Occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia. È inoltre opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto.*

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

*Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero es-*

<sup>37</sup> Cfr. considerando n. 90, ma in tal senso è anche il chiaro dettato dell'art. 67, par. 1, della direttiva 2014/24/UE.

<sup>38</sup> Così ancora il considerando n. 90, ma si veda anche l'art. 67, par. 2.

*sere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di derogare all'obbligo di indicare la ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente giustificati, che devono essere in grado di motivare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare i criteri in ordine decrescente d'importanza».*

Pertanto, non a caso proprio nell'ambito dello stesso considerando n. 90 che descrive i vari criteri, consentendo anche l'aggiudicazione in base al solo prezzo, si tiene a sottolineare che, comunque, «*le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto*», come a rimarcare che l'affidamento in base al solo elemento prezzo non implichi necessariamente che gli aspetti qualitativi siano trascurati, ma semplicemente che questi non siano oggetto di valutazione, potendo invece essere fissati livelli qualitativi minimi, anche molto elevati, uguali per tutti coloro che intendono partecipare alla procedura.

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il legislatore italiano si è ampiamente avvalso della facoltà prevista dall'art. 67 della direttiva di limitare le ipotesi in cui è possibile affidare gli appalti al massimo ribasso.

Al contempo, sotto il profilo terminologico, il legislatore italiano sembra aver recepito solo in parte l'innovazione della direttiva 2014/24/UE, utilizzando con significati diversi l'espressione «*offerta economicamente più vantaggiosa*» in diversi passaggi del Codice stesso, non sempre in coerenza con la nuova impostazione terminologica adottata dalla direttiva. Ad esempio, nell'art. 36, co. 9-*bis*, nel disciplinare i criteri di aggiudicazione dei contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, si contrappone il criterio del minor prezzo con quello dell'«*offerta economicamente più vantaggiosa*», facendo riferimento in questo caso a una valutazione anche qualitativa.

In ogni caso, se pure la formulazione testuale dell'art. 95, su cui si tornerà a breve, è atta ad ingenerare una certa confusione, il dato letterale deve essere oggi necessariamente interpretato anche alla luce del significato attribuitogli dalla prassi delle stazioni appaltanti e dalla giurisprudenza, che si è per tutta una fase iniziale concentrata soprattutto sui casi in cui sia consentito ricorrere all'uno o all'altro meccanismo di individuazione della migliore offerta. In tale ottica, si può ritenere che le ipotesi principali siano tutt'oggi quelle classiche del miglior rapporto qualità/prezzo (sostanzialmente la «*vecchia*» offerta economicamente più vantaggiosa) e del minor prezzo, a cui si affiancano nuove sfumature, quali quella della comparazione costo/efficacia e quella del costo fisso.

## LA SCELTA DEL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE: QUALITÀ CONTRO RISPARMIO?

### 2.1. La scelta del criterio di aggiudicazione e la prevalenza del miglior rapporto qualità/prezzo

Come si è anticipato, nel vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), nonostante la formulazione non del tutto cristallina del secondo comma dell'art. 95, è evidente che il legislatore italiano ha inteso limitare le ipotesi di affidamento degli appalti al massimo ribasso.

L'art. 95, co. 2, prevede che le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedano all'aggiudicazione degli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento del prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita. Come si è chiarito nel paragrafo precedente, infatti, la corretta definizione del criterio che prevede una valutazione anche qualitativa e l'attribuzione di punteggio ad un'offerta tecnica, che sino all'adozione del Codice del 2016 veniva definito semplicemente come offerta economicamente più vantaggiosa, dovrebbe infatti oggi includere anche la precisazione «*individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*»<sup>1</sup>.

Alla generica previsione di cui al co. 2, si aggiungono nell'art. 95 tre ulteriori commi relativi alle ipotesi di utilizzo dei vari approcci possibili:

- il co. 3 elenca i contratti che devono essere aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del **miglior rapporto qualità/prezzo**;
- il co. 4 indica i casi in cui, sopra soglia, è consentito l'utilizzo del criterio del **minor prezzo**, oggi ridotti sostanzialmente all'ipotesi dei servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- il co. 7, infine, prevede che l'elemento relativo al costo possa assumere la forma di un prezzo o di un **costo fisso**, sulla base del quale gli operatori economici competono in base a soli criteri qualitativi.

Come si vede, a prescindere dall'interpretazione del secondo comma dell'art. 95, è dalla lettura del quarto comma che si desume che l'utilizzo del criterio del massimo ri-

<sup>1</sup> Sulla comparazione costo/efficacia si tornerà più avanti (par. 2.2).

basso – nell'affidamento degli appalti di valore superiore alle soglie di cui all'art. 35 dello stesso Codice – è attualmente fortemente limitato. Per i contratti sotto soglia vi è invece un regime particolare<sup>2</sup>.

Nella fase di acclimatamento alla nuova impostazione, diversa da quella che caratterizzava la disciplina previgente, in cui, come si è visto, la scelta fra i due criteri era rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, si è prodotto un acceso dibattito, anche giurisprudenziale, sui casi nei quali fosse effettivamente consentito ricorrere all'uno o all'altro approccio.

Secondo la disciplina attuale, infatti, con riferimento agli affidamenti sopra soglia, è possibile ricorrere al criterio del minor prezzo solo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera, ovvero sia quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto<sup>3</sup>.

Il co. 4 prevedeva anche altre ipotesi nelle quali era possibile ricorrere al minor prezzo (lavori di importo pari o inferiore a 2 milioni di euro affidati sulla base del progetto esecutivo e servizi e forniture caratterizzati da elevata ripetitività, purché non di notevole contenuto tecnologico o carattere innovativo), ma queste sono state abrogate dal c.d. *decreto Sblocca Cantieri* (D.L. 18 aprile 2019, n. 32).

Le Linee guida ANAC n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>4</sup> hanno chiarito che per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato si intendono quelli che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali<sup>5</sup>. Le stesse Linee guida hanno chiarito la *ratio* della disciplina specifica dettata per i servizi e le forniture di tale natura: si tratta di casi in cui i benefici derivanti da un confronto concorrenziale sarebbero nulli o estremamente ridotti ed è, dunque, possibile risparmiare i relativi costi, gravanti sia sulla stazione appaltante che sugli operatori.

### CASO PRATICO – Le forniture con caratteristiche standardizzate

In una gara per la fornitura triennale di metano per autotrazione per autobus di linea, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'affidamento rispondesse ai requisiti delineati nelle Linee guida n. 2 dell'ANAC, avendo ad oggetto una fornitura caratte-

<sup>2</sup> Cfr. par. 2.5.

<sup>3</sup> Così definiti dall'art. 50, co. 1, dello stesso Codice. L'espressa esclusione di tali servizi dall'ambito di applicazione dell'art. 95, co. 4, è stata introdotta dal c.d. *decreto Sblocca Cantieri* (D.L. 18 aprile 2019, n. 32, conv. con mod. dalla L. 14 giugno 2019, n. 55).

<sup>4</sup> Linee guida di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, n. 2, "*Offerta economicamente più vantaggiosa*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 21 settembre 2016, n. 1005 e aggiornate al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con delibera 2 maggio 2018, n. 424. Si tratta di linee guida adottate ai sensi dell'art. 213, co. 2, del D.Lgs. n. 50/2016, dunque non vincolanti e "*strumento di regolazione flessibile*" (Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805; *Id.*, 22 ottobre 2018, n. 6026).

<sup>5</sup> Linee guida ANAC n. 2, *cit.*, par. I.

rizzata da elevata ripetitività e volta a soddisfare esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività della stazione appaltante.

Infatti, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, i parametri della velocità del rifornimento e della distanza tra la stazione di servizio dal capolinea non dovevano necessariamente costituire un elemento di valutazione qualitativa dell'offerta, in quanto, a causa della presenza dei trasportati, gli autobus di linea non effettuano il rifornimento durante il servizio di trasporto e, dunque, il tempo di rifornimento non incide direttamente sulla capacità di garantire il servizio pubblico di trasporto (Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2020, n. 7182).

La decisione di una stazione appaltante di aggiudicare la gara in base al criterio del minor prezzo ai sensi del co. 4, oltre ad essere esplicitata nel bando di gara, deve essere anche adeguatamente motivata in relazione alla sussistenza delle condizioni che la legittimano<sup>6</sup>. Sempre nelle Linee guida n. 2, l'ANAC ha sottolineato che in tale motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, ad esempio considerando come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto da questi, anziché esaminare le caratteristiche dei prodotti offerti dall'insieme delle imprese presenti sul mercato<sup>7</sup>.

#### **CASO PRATICO – La motivazione adeguata per l'utilizzo del minor prezzo**

Nel caso di una gara per la fornitura di lubrificanti e liquido antigelo per veicoli, il TAR Veneto ha sottolineato che il mero richiamo alla previsione normativa e a un asserito carattere standardizzato delle prestazioni non è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione del criterio del prezzo più basso, visto che l'art. 95, co. 5, impone un'"*adeguata motivazione*" a supporto giustificativo della scelta, la cui idoneità deve essere verificata caso per caso e in termini concreti.

Il TAR ha ritenuto che nella gara in questione, in cui non era imposto ai concorrenti di offrire prodotti omologati o approvati dalle case costruttrici, proprio la richiesta di fornitura di prodotti compatibili con quelli in uso e che potessero essere usati a rabbocco o cambio anche parziale di questi avrebbe determinato l'apertura a soluzioni diverse frutto della libera scelta dei partecipanti, il che non si concilia con la nozione di fornitura "*con caratteristiche standardizzate*" (TAR Veneto, Sez. I, 25 novembre 2019, n. 1277).

Accanto al co. 4, che disciplina quella che oggi è l'unica ipotesi in cui, negli affidamenti sopra soglia, è consentito procedere all'aggiudicazione al minor prezzo, l'art. 95, co. 3,

<sup>6</sup> Tale onere motivazionale è stato ritenuto sussistente anche per gli affidamenti nei settori speciali (Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3210).

<sup>7</sup> Linee guida ANAC n. 2, *cit.*, par. I.

elenca invece le tipologie di contratti che possono essere aggiudicati "esclusivamente" con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Questi sono attualmente:

- i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, fatti salvi gli affidamenti diretti di valore inferiore a 40.000 euro;
- i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera (ovverosia quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, ai sensi dell'art. 50, co. 1), fatti salvi gli affidamenti diretti di valore inferiore a 40.000 euro;
- i contratti relativi all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura e di altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;
- i contratti relativi a servizi e forniture caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che abbiano un carattere innovativo di importo pari o superiore a 40.000 euro.

In aggiunta a quelle previste dall'art. 95, co. 3, vi sono altre ipotesi sparse nel Codice dei contratti pubblici in cui è richiesto che l'aggiudicazione avvenga tassativamente in base al miglior rapporto qualità/prezzo. Innanzitutto, i servizi sociali sono richiamati, oltre che nella norma appena citata, anche nell'art. 142, insieme agli altri servizi ivi elencati. Del resto, la disciplina di settore prescrive da tempo l'utilizzo del criterio qualitativo per l'affidamento di tali servizi<sup>8</sup>. Inoltre, l'utilizzo del miglior rapporto qualità/prezzo è prescritto con riferimento a:

- il dialogo competitivo (art. 64, co. 1);
- il partenariato per l'innovazione (art. 65, co. 4);
- i servizi di ristorazione di cui all'allegato IX (art. 144, co. 1);
- i servizi sostitutivi di mensa (art. 144, co. 6);
- la finanza di progetto (art. 183, co. 4);
- la locazione finanziaria (art. 187, co. 2);
- il contratto di disponibilità (art. 188, co. 3);
- l'affidamento a contraente generale (art. 195, co. 4).

In ragione del tenore letterale non del tutto chiaro della norma nella sua formulazione originaria<sup>9</sup>, si è posto il problema del rapporto tra i casi di utilizzo esclusivo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95, co. 3) e quelli del possibile utilizzo del criterio del minor prezzo (art. 95, co. 4), che è stato oggetto di un contrasto in giurisprudenza.

Un primo orientamento riteneva vi fosse un "rapporto di complementarità" tra le due disposizioni: ove un contratto avesse un oggetto tale da rientrare tanto nell'ambito di applicazione del co. 3, quanto in quello del co. 4 – nel caso più frequente, un servizio ad

<sup>8</sup> Cfr. art. 4, co. 2, del D.P.C.M. 30 marzo 2001, Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona.

<sup>9</sup> Prima della modifica ad opera del D.L. n. 32/2019, *cit.*

alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate – allora la previsione di esclusività del miglior rapporto qualità/prezzo avrebbe ceduto il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al minor prezzo<sup>10</sup>.

Un secondo orientamento riteneva, invece, che si trattasse di un rapporto “*di specie a genere*”, per cui, al ricorrere delle fattispecie di cui al co. 3, sarebbe scattato un obbligo speciale di adottare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo che non ammetteva deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al co. 4<sup>11</sup>.

La questione è stata infine rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha risolto il conflitto fra norme nel senso di una prevalenza del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo, nell'ipotesi in cui il contratto rientri astrattamente nell'ambito di applicazione di entrambi i commi<sup>12</sup>.

L'Adunanza plenaria, infatti, ha rilevato che, pur nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, le stazioni appaltanti sono “*vincolate*” alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte, preferenza confermata anche dai principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l'adozione del Codice dei contratti pubblici e dalla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

L'impostazione dell'Adunanza plenaria è stata poi recepita dalla legge di conversione del c.d. *decreto Sblocca Cantieri*<sup>13</sup> che – oltre ad eliminare due delle tre ipotesi di affidamento al minor prezzo<sup>14</sup> – ha introdotto alla lett. b), unica sopravvissuta del quarto comma dell'art. 95, la precisazione che può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, ma «*fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera*»<sup>15</sup>.

In seguito a questa modifica che disciplina espressamente il rapporto fra i due commi con riferimento al più frequente scenario concreto di conflitto (appunto quello di un servizio o una fornitura con caratteristiche standardizzate e contemporaneamente ad alta intensità di manodopera), la questione può ritenersi ormai definitivamente risolta – almeno fino a nuovi mutamenti del quadro normativo – in favore della prevalenza del miglior rapporto/qualità prezzo e, dunque, del terzo comma dell'art. 95.

<sup>10</sup> TAR Abruzzo, L'Aquila, 13 gennaio 2017, n. 30; ANAC, delibera 20 dicembre 2017, n. 1331.

<sup>11</sup> Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; ANAC, delibera 7 marzo 2018, n. 251.

<sup>12</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 21 maggio 2019, n. 8.

<sup>13</sup> L. n. 55/2019 *cit.*, di conversione del D.L. n. 32/2019. Sulla fortunata tempistica della sentenza dell'Adunanza plenaria rispetto all'adozione della legge si veda M. Casati, *I criteri di selezione*, in *Guida agli appalti pubblici. Le nuove regole transitorie alla luce del PNRR*, a cura di M. Casati e M.C. Colombo, Milano, Il Sole 24 Ore, 2021, p. 247.

<sup>14</sup> Come si è visto, quelle relative ai lavori di importo pari o inferiore a 2 milioni di euro affidati sulla base del progetto esecutivo e ai servizi e forniture caratterizzati da elevata ripetitività, purché non di notevole contenuto tecnologico o carattere innovativo.

<sup>15</sup> Alla modifica legislativa è stata attribuita valenza ricognitiva e meramente esplicitativa di un principio normativo già immanente nella disciplina degli appalti pubblici, applicabile anche alle procedure indette prima dell'entrata in vigore della modifica stessa (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 30 aprile 2021, n. 1095).

**CASO PRATICO – Quando impugnare la scelta di aggiudicare una gara al massimo ribasso?**

Rifacendosi alle proprie storiche decisioni nn. 1/2003 e 9/2014, nel 2018 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito che l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, in quanto la situazione differenziata e dunque meritevole di tutela è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla procedura, risultando l'operatore del settore che non partecipa portatore, al massimo, di un interesse di mero fatto. Con riferimento all'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente, l'Adunanza plenaria ha confermato che queste devono essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo (l'aggiudicazione) anche con specifico riferimento alla scelta del criterio di aggiudicazione, in quanto l'operatore che ritenga errata tale scelta potrebbe comunque ancora essere prescelto quale aggiudicatario (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).

Dunque, attualmente la parabola descritta si è per ora conclusa con la prevalenza, per gli affidamenti sopra soglia, della valutazione anche qualitativa, con la possibilità di utilizzare il criterio del minor prezzo solo con riferimento ai servizi e alle forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni sono definite dal mercato, a meno che non si rientri in una delle ipotesi di espressa esclusione.

Negli appalti di lavori sopra soglia, dunque, oggi non è sostanzialmente mai possibile procedere con l'aggiudicazione al prezzo più basso. Tale preclusione desta qualche perplessità soprattutto con riferimento ai casi in cui venga messo a gara direttamente il progetto esecutivo, peraltro coerentemente con il divieto del c.d. *appalto integrato*, ovvero sia dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione delle opere, tuttora previsto dal Codice, sebbene più volte sospeso<sup>16</sup>.

Nel sistema della legge Merloni, come si è visto, era al contrario vietato l'utilizzo di criteri qualitativi, laddove vi fosse già un progetto esecutivo dell'amministrazione<sup>17</sup>. In tali casi, in effetti, ove non siano previste varianti migliorative, le caratteristiche della prestazione sono sostanzialmente del tutto già definite e per la stazione appaltante non vi è molto margine per elaborare criteri di valutazione in grado di differenziare effettivamente le diverse offerte tecniche l'una dall'altra<sup>18</sup>.

Nonostante, come si è visto poc'anzi, vi siano molti strumenti per tutelare la qualità della prestazione e la salute e retribuzione dei lavoratori (specifiche di minima, verifica

<sup>16</sup> La parte dell'art. 59, del D.Lgs. n. 50/2016, recante il divieto è stata sospesa dall'art. 1, co. 1, lett. b), del D.L. n. 32/2019, sino a una data più volte rinviata, da ultimo al 30 giugno 2023 dal D.L. 31 maggio 2021, n. 77.

<sup>17</sup> Cfr. R. De Nictolis, *I criteri di aggiudicazione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005, p. 717.

<sup>18</sup> Cfr. P. Chirulli, *Criteri di aggiudicazione dell'appalto*. Art. 95, cit., p. 1243, che evidenzia il rischio per l'amministrazione, nella ricerca di criteri per l'attribuzione del punteggio tecnico, di dover «individuare elementi di valutazione avulsi dall'oggetto dei lavori».

dell'anomalia, controlli nel corso dell'esecuzione), la diffidenza per il criterio del massimo ribasso rimane molto radicata, come dimostra la discussione che si è prodotta di recente sul decreto-legge su PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) e semplificazioni<sup>19</sup>. In realtà, a ben vedere, nella bozza del testo del decreto-legge circolata il 21 maggio 2021, l'art. 29 prevedeva solamente che, qualora l'offerta avesse a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo, l'aggiudicazione sarebbe potuta avvenire sulla base del criterio del prezzo più basso, ma con il corrispettivo per le attività di progettazione prefissato in base alle regole vigenti e non soggetto a ribasso. Peraltro, la norma si sarebbe applicata non a tutte le procedure, ma esclusivamente a quelle afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del programma *Next Generation EU*, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC) e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea.

La previsione, anche in seguito alle numerose posizioni contrarie appena richiamate, non è stata inserita nella versione finale del decreto-legge, ma l'episodio è utile a rappresentare l'astio che suscita il criterio del massimo ribasso. In realtà, ferma la più che condivisibile preoccupazione che la qualità della prestazione e la tutela dei lavoratori siano al primo posto nella predisposizione delle gare d'appalto pubbliche, gli stessi rischi che corrono tali interessi fondamentali in una gara al massimo ribasso caratterizzano anche un gara formalmente bandita con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, ma – ad esempio – con una valutazione delle offerte tecniche appiattita a causa dell'impossibilità di identificare parametri effettivamente in grado di differenziare le offerte e ridotta quindi comunque ad una competizione sul prezzo (peraltro "compressa" su soli 30 punti). Sarebbero forse invece altri gli aspetti della disciplina degli appalti pubblici da sottoporre a scrutinio nell'ottica di rafforzare la tutela dei lavoratori e della qualità delle prestazioni, fra cui la verifica dell'anomalia dell'offerta, la redazione dei capitolati, i controlli in fase di esecuzione e la fissazione di un congruo importo a base d'asta.

## 2.2. La comparazione costo/efficacia e i costi del ciclo di vita

Nella nuova configurazione dei criteri di aggiudicazione, con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, nella sua rinnovata accezione, diventa l'unico ed omnicomprensivo parametro per la scelta dell'offerta migliore, accanto al canone del miglior rapporto qualità/prezzo viene introdotto anche un **nuovo approccio**: quello della comparazione costo/efficacia (art. 95, co. 1). Quest'ultimo rappresenta una nuova chiave di lettura del macro-criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che si affianca

<sup>19</sup> D.L. 31 maggio 2021, n. 77, intitolato "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" e conv. con mod. dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, su cui si tornerà più nel dettaglio al par. 3.8. Sulla discussione che si è creata sul punto si vedano, fra i tanti articoli di stampa: *Di Semplificazioni: in bozza deroga agli appalti al 2026*, 21 maggio 2021, La Stampa; *Semplificazioni, nella maggioranza si apre il fronte contro le nuove norme sui subappalti*, La Repubblica, 23 maggio 2021; *Semplificazioni, dai subappalti al massimo ribasso: ecco le divisioni nella maggioranza*, Il Sole 24 ore, 24 maggio 2021.

a quelle tradizionali del miglior rapporto qualità/prezzo e del prezzo più basso. Il costo del ciclo di vita, disciplinato dal successivo art. 96, costituisce un esempio, o meglio ancora un caso emblematico, di criterio di comparazione costo/efficacia, oltre ad assumere rilievo nell'ambito di singoli parametri di valutazione delle offerte tecniche anche nell'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

In proposito, la direttiva 2014/24/UE chiarisce che le offerte dovrebbero essere valutate innanzitutto sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ma che tale valutazione potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia (considerando n. 90).

È utile evidenziare fin da subito che a uno sguardo attento i termini "prezzo" e "costo" esprimono due concetti diversi: mentre il primo indica semplicemente il corrispettivo che la pubblica amministrazione deve pagare per ottenere ciò di cui ha bisogno, il secondo può considerare anche elementi ulteriori, che potrebbero non venire immediatamente in rilievo laddove si valutasse la convenienza di un acquisto esclusivamente in relazione al dato del prezzo richiesto.

Applicando il criterio della comparazione costo/efficacia, infatti, la pubblica amministrazione ben potrebbe optare per una soluzione che, pur non garantendo un risparmio di spesa immediato, si presenta più conveniente in relazione ad altri costi e, tipicamente, ai costi del suo ciclo di vita. Tra i vari effetti positivi dell'applicazione di criteri come questi, primeggiano sicuramente quelli in ambito ambientale, e non è un caso che tale impostazione si sia affermata contestualmente alla rinnovata centralità riconosciuta – nell'ambito dell'idea generale per cui gli appalti pubblici devono rappresentare strumenti anche per il perseguimento di finalità ulteriori rispetto all'acquisto – al profilo della compatibilità ambientale degli acquisti del committente pubblico nella direttiva 2014/24/UE<sup>20</sup>. A tale proposito, la direttiva ha evidenziato la rilevanza che hanno i criteri di aggiudicazione nell'utilizzo strategico dei contratti pubblici, sottolineando che «*al fine di una migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di appalto*», le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di ricorrere a criteri di aggiudicazione riguardanti qualsiasi fase dei cicli di vita dei lavori, servizi o forniture oggetto dell'appalto, anche concentrandosi su fattori che non sono parte del contenuto della prestazione<sup>21</sup>.

Così, si è venuto ad integrare con l'innovativo criterio della comparazione costo/efficacia lo scenario che vedeva contrapposti il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (oggi criterio del miglior rapporto qualità/prezzo), da una parte, e il criterio del prezzo più basso, dall'altra<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Per un'analisi dell'utilizzo degli appalti pubblici come strumento per favorire la sostenibilità in diversi ordinamenti anche extraeuropei, si veda L. Ventura, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2020, pp. 243-282.

<sup>21</sup> Considerando 97 della direttiva 24/2014/UE.

<sup>22</sup> L'Ad. Plen. n. 9/2018, *cit.*, ha sottolineato che è stata proprio la direttiva «*ad avere integrato l'alternativa tradizionale tra offerta economicamente più vantaggiosa e minor prezzo, prevista dall'articolo 53 della previgente direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, con un ulteriore criterio di selezione delle offerte con a base il costo, secondo 'un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita*».

A ben vedere, nella direttiva sembrerebbe addirittura che l'offerta economicamente più vantaggiosa debba essere innanzitutto individuata sulla base o del prezzo o del costo, seguendo appunto un approccio costo/efficacia, mentre il miglior rapporto qualità/prezzo e, dunque, la valutazione degli aspetti qualitativi più vari entrerebbe in gioco soltanto in seconda battuta<sup>23</sup>. Nel Codice dei contratti pubblici italiano, invece, e soprattutto nella lettura dello stesso che si è maggiormente consolidata fra i suoi interpreti, il rapporto sembra come invertirsi.

In realtà, nell'attuale assetto dei criteri di aggiudicazione, la comparazione costo/efficacia potrebbe essere utilizzata sia come unico criterio di aggiudicazione, sia come sub-criterio per la valutazione dell'elemento economico dell'offerta, segnando così il passaggio da un approccio basato sul mero dato del prezzo ad uno che consideri trasversalmente il costo dell'acquisto, nel senso più ampio sopra definito.

Con il criterio della comparazione costo/efficacia, l'amministrazione, nel considerare il dato espresso dai costi, assume una prospettiva di più ampio respiro e, in maniera innovativa, li soppesa e li valuta anche alla luce dei loro riflessi sulla qualità della prestazione finale. La considerazione dell'elemento economico dell'offerta, dunque, si colora anche di valutazioni di carattere qualitativo.

Come si è anticipato, ogni menzione del criterio della comparazione costo/efficacia, sia nella direttiva che nel Codice, è sempre accompagnata dal riferimento ai **costi del ciclo di vita**, quale esempio emblematico dell'applicazione del criterio.

Il concetto di costo del ciclo di vita – di derivazione anglosassone<sup>24</sup> e molto valorizzato nel diritto dell'Unione europea – comprende tutti i costi che emergono nelle varie fasi consecutive o interconnesse della vita di un prodotto o lavoro o servizio, dall'acquisizione delle materie prime o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento finale, incluse la ricerca e lo sviluppo e la manutenzione<sup>25</sup>. In sintesi, non si considera solo il prezzo corrisposto al momento dell'acquisto, ma tutti i costi della "vita" di ciò che viene acquistato.

Ad esempio, se il macchinario A costa meno del macchinario B, ma poi la sua manutenzione è costosissima e consuma grandi quantità di energia elettrica, l'acquisto del macchinario A non risulterà la scelta più conveniente in un'ottica di ciclo di vita.

Nel compiere tale valutazione, devono essere considerate due tipologie di costi:

- quelli sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali il consumo di energia, la manutenzione e lo smaltimento finale (costi diretti);
- quelli imputabili ad esternalità ambientali, il cui valore monetario deve comunque poter essere determinato e verificato<sup>26</sup> (costi indiretti).

<sup>23</sup> Cfr. l'art. 67, par. 1, secondo cui: «l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è **individuata sulla base del prezzo o del costo**, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione».

<sup>24</sup> Lo ricorda C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, p. 463.

<sup>25</sup> Si veda la definizione all'art. 3, co. 1, lett. hhhh), del D.Lgs. n. 50/2016.

<sup>26</sup> Così l'art. 96 del Codice, che riproduce sostanzialmente l'art. 96 della direttiva 2014/24/UE.

Le stazioni appaltanti, in ogni caso, devono indicare nella documentazione di gara i dati che gli offerenti sono tenuti a fornire e il metodo che le stesse impiegheranno ai fini della valutazione dei costi rilevanti. Il metodo prescelto dovrebbe comunque basarsi su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori ed essere accessibile a tutte le parti interessate. Inoltre, i dati richiesti dovrebbero poter essere forniti dagli operatori economici senza particolari sforzi, o comunque usando la normale diligenza.

Con particolare riferimento ai veicoli, il Codice dei contratti pubblici rinvia alla direttiva 2009/33/CE, relativa alla promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale e a basso consumo energetico<sup>27</sup>, che definisce una precisa metodologia di calcolo dei costi del ciclo di vita dei veicoli, al fine di poterli monetizzare e valutare. Si tratta, però, di un caso quasi più unico che raro, non essendovi una disciplina analoga utilizzabile con riferimento ad altri settori merceologici.

Conscia delle difficoltà operative riscontrabili, la Commissione europea ha promosso la realizzazione di un "tool" (strumento) per l'applicazione del *Life Cycle Costing* da parte delle pubbliche amministrazioni, anch'esso però operativo soltanto per alcune categorie merceologiche (distributori automatici; computer e monitor; stampanti; fotocopiatrici e scanner; illuminazione per interni ed esterni)<sup>28</sup>.

In ogni caso, scorrendo l'elenco di voci comprese nel concetto di "costo del ciclo di vita", è innegabile la **vocazione spiccatamente ambientale** dello stesso e, per il suo tramite, dell'approccio costo/efficacia. I costi considerati comprendono, ad esempio, quelli connessi al consumo di energia o all'utilizzo di altre risorse, quelli di manutenzione e quelli di raccolta e riciclaggio, ovvero i costi delle emissioni di gas serra o di altre sostanze inquinanti, nonché quelli legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici. In definitiva, sono tutti costi che hanno a che fare con l'impatto ambientale del bene/servizio/lavoro prescelto e ricadono soltanto in prima battuta sulla stazione appaltante, in quanto, inevitabilmente, finiscono con il riflettersi sull'intera collettività. In questo senso, il costo dell'acquisto della pubblica amministrazione diventa un costo sociale ed è anche a tale elemento che il soggetto pubblico è chiamato ad ancorare la propria valutazione dell'offerta.

In ultima analisi, si tratta di considerare l'acquisto, e quindi il suo impatto – non solo economico – proiettandolo su un periodo di tempo più lungo e assumendo una prospettiva diversa da quella che si concentra esclusivamente sulle sue conseguenze immediate. L'approccio attento ai costi del ciclo di vita rileva non solo come ipotesi tipica del criterio della comparazione costo/efficacia, ma anche nell'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, comparando nell'elenco esemplificativo di criteri di valutazione di cui all'art. 95, co. 6, e dovendo essere considerato sin dalla fase di progettazione dei lavori pubblici<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> In particolare, l'art. 96, co. 3, rinvia all'All. XVII che richiama la direttiva in questione. La metodologia di calcolo è descritta all'art. 6 della direttiva 2009/33/CE.

<sup>28</sup> Si tratta di fogli di calcolo excel disponibili al link: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>.

<sup>29</sup> Ai sensi dell'art. 23, co. 1, lett. f), del Codice, accanto alla manutenibilità delle opere.

È evidente, pertanto, che l'applicazione del criterio costo/efficacia, per le sue caratteristiche peculiari, si rivela particolarmente opportuna laddove si tratti, ad esempio, di acquisire beni o servizi che non esauriscono la loro funzione al momento dell'acquisto. Imponendo la considerazione dei costi del ciclo di vita, insomma, la comparazione costo/efficacia si presenta un valido strumento soprattutto per gli acquisti più rilevanti in termini di durata. Ad esempio, nell'ambito di una commessa volta a garantire l'acquisizione e la manutenzione per un lungo periodo di nuovi convogli ferroviari, la giurisprudenza ha reputato "*persuasiva*" la scelta della Pubblica Amministrazione di attribuire il miglior punteggio economico al concorrente che aveva offerto il prezzo più conveniente con riferimento all'intero ciclo di vita del treno, tenendo anche conto della sua manutenzione<sup>30</sup>.

La scelta di utilizzare o meno il criterio costo/efficacia e parametri di valutazione relativi ai costi del ciclo di vita rimane ovviamente rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti<sup>31</sup> e, almeno fino ad ora, il criterio costo/efficacia non sembra aver avuto molta fortuna.

Alcune delle difficoltà applicative sono forse dovute in parte alle scelte, anche terminologiche, compiute dal legislatore nazionale, che non sempre si è mantenuto coerente con la nuova concezione, per così dire allargata, dell'offerta economicamente più vantaggiosa, continuando a ragionare sul filo della dicotomia massimo ribasso/valutazione qualitativa. Le disposizioni rilevanti della direttiva sono state trasfuse nel Codice dei contratti pubblici in maniera pressoché letterale, al solo fine apparente di ottemperare all'obbligo di recepimento. Forse, una trasposizione più ragionata e in qualche maniera attenta al contesto avrebbe potuto garantire una fruibilità maggiore della nuova disciplina, soprattutto con riferimento alle innovazioni più importanti dalla stessa introdotte. Le stesse Linee guida n. 2 dell'ANAC, che su altre tematiche si sono rivelate uno strumento di discreta utilità, non sono andate oltre l'inquadramento generale del criterio.

Probabilmente occorrerà ancora del tempo perché le potenzialità di questo nuovo approccio possano essere effettivamente comprese e sfruttate dalle stazioni appaltanti, anche e soprattutto nell'ottica di una maggiore responsabilizzazione delle stesse rispetto alle ricadute ambientali e sociali delle loro scelte di acquisto.

### 2.3. L'aggiudicazione di appalti con il costo fisso

Come ulteriore ipotesi, l'art. 95, co. 7, del Codice, prevede che l'elemento relativo al costo possa assumere la forma di un prezzo o di un costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competono in base a **solì criteri qualitativi**<sup>32</sup>.

Sostanzialmente, si tratta di gare in cui la totalità del punteggio disponibile viene attribuito all'offerta tecnica, mentre l'importo del corrispettivo, ovviamente predeterminato e indicato nella documentazione di gara (anche ai fini della corretta individuazione

<sup>30</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 6248.

<sup>31</sup> Lo sottolinea L. De Pauli, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 6/2016, p. 630.

<sup>32</sup> Riproducendo sul punto l'art. 67, par. 2, della direttiva 2014/24/UE.

della procedura applicabile), rimane fisso. L'aggiudicazione di appalti con il costo fisso avveniva nella prassi anche prima dell'introduzione di un'espressa previsione normativa sul punto nel nuovo Codice. Il comma richiamato non disciplina le fattispecie in cui è consentito procedere con tale meccanismo, ma rinvia, solo a titolo esemplificativo – «*anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 2*» – alle ipotesi in cui vi siano disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici.

Sul punto, infatti, la direttiva 2014/24/UE sottolinea che, in generale, «*al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi*», ma ammette che, ciononostante, i criteri di aggiudicazione non dovrebbero influire sull'applicazione di disposizioni nazionali che, appunto, fissino determinati importi quali corrispettivi per taluni servizi o forniture<sup>33</sup>.

Nelle Linee guida n. 2, l'ANAC ha confermato che la casistica indicata non è esaustiva, in considerazione dell'«*anche*» utilizzato nel rimando, ma ha raccomandato particolari cautele alle stazioni appaltanti che decidano di aggiudicare al costo fisso appalti diversi da quelli in cui vi sia una norma di legge che lo preveda, valutando con attenzione le modalità di calcolo o stima dello stesso. La ragione di tale cautela viene individuata dall'ANAC nell'esigenza di evitare un prezzo troppo contenuto, che limiti la partecipazione alla gara a imprese particolarmente spregiudicate – ma, a ben vedere, si tratta di un rischio che si pone anche se ad essere individuato in modo non corretto è l'importo messo a base d'asta in gare in cui questo è soggetto a ribasso – oppure troppo elevato, aggravando inutilmente i costi per l'amministrazione. In sostanza, conclude l'ANAC, in casi diversi da quelli in cui vi siano disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo, le stazioni appaltanti che vogliano annullare la concorrenza sul prezzo devono **adeguatamente motivare** sulle ragioni alla base di tale scelta, oltre che sulla metodologia impiegata per calcolare il prezzo o il costo fisso.

L'ANAC suggerisce che, per meglio costruire tale motivazione, le stazioni appaltanti eseguano un'indagine di mercato al fine di osservare i prezzi praticati in situazioni analoghe, precisando, ad esempio, che non si può ricorrere ad un affidamento con prezzo o costo fisso – anche in mercati in cui le imprese praticino prezzi simili – se le soluzioni presenti sul mercato risultano comunque differenziate sotto il profilo dei costi che le stazioni appaltanti sono tenute a considerare per il calcolo del costo del ciclo di vita, quali i costi di manutenzione o di smaltimento o le esternalità ambientali o sociali.

Anche se ciò non è espressamente richiamato dall'ANAC nelle Linee guida, è evidente che la decisione dell'amministrazione di escludere interamente l'aspetto del costo dai criteri di selezione del contraente debba essere coerente con il generale **criterio di economicità dell'azione amministrativa**<sup>34</sup>, che senza dubbio preclude all'acquirente pubbli-

<sup>33</sup> Così il considerando n. 92.

<sup>34</sup> Art. 1, co. 1, della L. 7 agosto 1990, n. 241.

co di rinunciare a un risparmio economico, a meno che la relativa scelta sia, se non obbligata, per lo meno motivata e ragionevole.

#### **CASO PRATICO – Appalto a costo fisso e reinvestimento delle economie di spesa**

In una gara per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare integrata e in urgenza era prevista l'aggiudicazione sulla base di un prezzo fisso, limitando la competizione ai soli criteri qualitativi, ma ai concorrenti era richiesto di presentare, comunque, un "*bilancio di progetto*" da compilarsi con l'indicazione delle voci di spesa e dell'utile previsto, nonché delle "*economie di spesa*" messe dal concorrente a disposizione del servizio. Sostanzialmente, era previsto il possibile concorso degli offerenti nel finanziamento del progetto tecnico, attraverso il reimpiego nella sua esecuzione delle risorse derivanti dalle economie di spesa eventualmente realizzate. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale previsione non stravolgesse il criterio di aggiudicazione prescelto, poiché il finanziamento del maggior livello qualitativo del progetto tecnico, consentito dall'utilizzo delle risorse aggiuntive rispetto a quelle messe a disposizione della stazione appaltante, non costituiva di per sé oggetto di valutazione ai fini della stesura della graduatoria conclusiva (Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2022, n. 2997).

Nella prassi, un'ipotesi in cui è frequente vedere appalti aggiudicati sulla base di un prezzo fisso è quella degli appalti finanziati tramite fondi che giungono alla stazione appaltante per specifici progetti con importi già prefissati, come può accadere con i fondi dell'Unione europea.

Si tratta di un'ipotesi diffusa soprattutto nell'ambito degli appalti di servizi sociali, ma che non costituisce una scelta obbligata nemmeno in tale settore, in cui è invece decisamente precluso l'affidamento al massimo ribasso<sup>35</sup>.

#### **CASO PRATICO – L'affidamento con il costo fisso è obbligatorio nei servizi sociali?**

Assolutamente no. In un recente caso in cui veniva contestato che una gara per l'affidamento del servizio di integrazione scolastica per alunni e studenti con disabilità e per le attività di supporto nel periodo estivo avrebbe dovuto essere stata bandita con tale sistema «*in ragione della peculiare tipologia del servizio appaltato, afferente diritti costituzionalmente garantiti*», il TAR ha ricordato che, ai sensi dell'art. 95, co. 3, la regola per tali servizi è l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e non certo un totale obbligato azzeramento della componente economica della valutazione (TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 23 giugno 2021, n. 173, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2677).

<sup>35</sup> Ai sensi degli artt. 95, co. 3, e 142, co. 5-*septies*, oltre che della normativa di settore (art. 4, co. 2, del D.P.C.M. 30 marzo 2001).

## 2.4. Il tetto massimo per il punteggio economico

Nel 2017, il c.d. *decreto correttivo*<sup>36</sup> del Codice dei contratti pubblici ha introdotto all'art. 95, co. 10-*bis*, la previsione, nell'applicazione del miglior rapporto qualità/prezzo, di un tetto massimo per il punteggio economico del **30 per cento**. Come sottolineato anche dall'ANAC nelle Linee guida n. 2, il punteggio complessivo attribuito alle offerte è solitamente espresso in centesimi ed è opportuno che le stazioni appaltanti non si discostino da tale prassi, ormai familiare e intuitiva per tutti gli operatori. Pertanto, tendenzialmente, il tetto massimo per il punteggio economico in termini assoluti è di 30 punti.

La previsione di un limite massimo di punteggio attribuibile all'elemento prezzo è una novità nel nostro ordinamento. In precedenza, con esclusivo riferimento ai contratti aventi ad oggetto, oltre alla realizzazione dei lavori, anche la progettazione (definitiva o esecutiva), l'abrogato Regolamento di esecuzione ed attuazione del vecchio Codice dei contratti pubblici, prevedeva che i fattori ponderali da assegnare ai pesi o punteggi attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non dovessero essere complessivamente inferiori a 65<sup>37</sup>, ma non esisteva una regola di carattere generale ed erano, anzi, abbastanza frequenti le gare in cui venivano assegnati, ad esempio, al massimo 60 punti all'offerta tecnica e al massimo 40 all'offerta economica.

La presenza di un limite massimo per il punteggio economico, con riferimento ad alcune tipologie di appalti **augmenta la complessità per le stazioni appaltanti** nell'individuare elementi di valutazione dell'offerta tecnica tali da differenziare le offerte dei concorrenti. Ciò potrebbe verificarsi nel caso di prestazioni che non sono necessariamente riconducibili alla nozione normativa di servizi o forniture con caratteristiche standardizzate, cosa che consentirebbe di ricorrere al massimo ribasso, ma che, comunque, risultano sufficientemente definite – dal mercato o dall'amministrazione stessa – da rendere difficile l'elaborazione di parametri di valutazione qualitativi effettivamente pertinenti all'oggetto dell'appalto e non posseduti da tutti i potenziali concorrenti o da tutte le offerte, con il rischio di attribuire molti punti a pochi elementi o di appiattire le valutazioni, di fatto spostando comunque buona parte della competizione sul prezzo.

In ogni caso, l'introduzione del tetto massimo per il punteggio economico è priva di un vero e proprio riferimento nella direttiva 2014/24/UE che, come si è visto, si limita a consentire agli Stati membri di ridurre i casi di ricorso al criterio del massimo ribasso, con un'indicazione ben diversa da quella di limitare il peso degli aspetti economici all'interno della valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo.

La *ratio* della previsione è esplicitata dallo stesso co. 10-*bis* ed è quella di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta e individuando criteri tali da garantire un reale confronto concorrenziale sui profili tecnici.

<sup>36</sup> D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56; si veda in particolare l'art. 60.

<sup>37</sup> Art. 120 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, oggi abrogato.

Tale scelta normativa è stata a suo tempo criticata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la ha ritenuta idonea a limitare, in modo eccessivo e ingiustificato, la valorizzazione dell'offerta economica e ha contestato il conferimento di «*un'ampia discrezionalità alle SA nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori*»<sup>38</sup>. Anche il Consiglio di Stato in sede consultiva, nel parere sul decreto correttivo, aveva suggerito di rendere più elastica la disposizione, prevedendo semplicemente che le stazioni appaltanti, nello stabilire il punteggio massimo per l'offerta economica, dovessero evitare che esso prevalesse sugli altri elementi<sup>39</sup>.

Il secondo periodo del co. 10-*bis* era stato addirittura soppresso dal già richiamato D.L. n. 32/2019, salvo essere poi ripristinato dalla legge di conversione<sup>40</sup>. Si tratta, dunque, di una disposizione controversa, ma tutt'ora vigente.

In ogni caso, è opportuno ricordare che non viene imposto un rapporto fra punteggio tecnico e punteggio economico necessariamente di 70/30, ma si prevede solo che il punteggio per l'offerta economica non può superare i 30 punti, consentendo la fissazione di proporzioni diverse, volte a valorizzare ulteriormente gli aspetti qualitativi, in corrispondenza delle esigenze della stazione appaltante e delle condizioni del mercato. È ipotizzabile, ad esempio, l'attribuzione di 80 punti all'offerta tecnica e di 20 all'offerta economica, oppure rispettivamente di 90 e 10 punti.

#### **CASO PRATICO – 90 punti all'offerta tecnica sono troppi?**

Con riferimento ad una gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati e servizi accessori con ridotto impatto ambientale, il TAR Liguria ha ritenuto legittima la previsione nel disciplinare dell'attribuzione di 90 punti per l'offerta tecnica e di solo 10 punti per l'offerta economica, ritenendo che la ponderazione operata dall'amministrazione, ancorché fortemente sbilanciata a favore della componente tecnico-qualitativa, costituiva il frutto di una valutazione ampiamente discrezionale che, «*essendo in linea con il chiaro favor legislativo per gli elementi qualitativi dell'offerta*», era immune da censure di manifesta illogicità o irragionevolezza (TAR Liguria, Sez. II, 17 febbraio 2020, n. 125).

Ovviamente, deve trattarsi di una decisione ragionevole e coerente con l'oggetto dell'appalto. In proposito, l'ANAC, nelle richiamate Linee guida n. 2, ha rilevato che, in generale si deve attribuire un punteggio alla componente prezzo inferiore alla misura massima consentita quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o quando si vogliono scoraggiare ribassi eccessivi ritenuti difficilmente perseguibili dagli operatori economici, mentre si deve attribuire un peso maggiore alla componente

<sup>38</sup> Cfr. AGCM, atto di segnalazione 18 agosto 2017, n. 1422.

<sup>39</sup> Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782.

<sup>40</sup> L. n. 55/2019, *cit.*

prezzo – comunque senza superare il limite massimo previsto dalla legge – quando la qualità dei prodotti offerti sul mercato è molto uniforme.

Le stazioni appaltanti, tuttavia, hanno perso la facoltà di modificare l'attribuzione dei punteggi oltre la soglia 70/30, e ciò anche, come si è detto, nelle procedure in cui, pur essendovi un elemento qualitativo su cui le offerte possano differenziarsi in minima parte, non si giustifica l'attribuzione di ben 70 punti all'offerta tecnica, come, ad esempio, nei casi in cui sono presenti specifiche tecniche particolarmente dettagliate, che garantiscono un livello qualitativo molto elevato per tutte le offerte.

In effetti, prima della novella legislativa del 2017, era stato considerata – ovviamente con riferimento al caso concreto sottoposto all'esame dei giudici – non irragionevole l'attribuzione di 60 punti all'offerta economica e di 40 a quella tecnica, in quanto tale distribuzione faceva comunque salva l'effettiva incidenza sulla valutazione complessiva degli aspetti qualitativi del servizio, che nel caso di specie non appariva connotato da particolare complessità<sup>41</sup>. Oggi non sarebbe più possibile procedere ad un affidamento impostato in tale modo.

#### **CASO PRATICO – Si applica il tetto massimo per il punteggio economico nelle procedure negoziate ai sensi dell'art. 63 del Codice?**

Nel caso di una procedura negoziata relativa all'affidamento dei servizi di vigilanza armata e di portierato, in cui era stato previsto un punteggio per l'offerta economica di 50 punti su 100, il Consiglio di Stato ha ritenuto fosse «*preclusa, e comunque altamente dubbia*», l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 95, co. 10-*bis*, che prevede il tetto massimo di 30 punti per l'offerta economica alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, giacché l'art. 63 contiene solo un rinvio generico alle condizioni più vantaggiose ai sensi dell'art. 95 e in ragione dell'urgenza che caratterizza la procedura in questione, finalizzata ad assicurare il servizio nelle more dell'espletamento della relativa gara Consip. Si tratta, comunque, di un precedente isolato da considerare con cautela (Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628).

### **2.5. I criteri nei contratti sotto soglia**

La disciplina del rapporto fra i criteri di aggiudicazione nell'affidamento di contratti sotto soglia, ovvero sia di quelli di valore inferiore alle c.d. *soglie di rilevanza comunitaria*<sup>42</sup>, è diversa da quella ordinaria.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2892.

<sup>42</sup> Previste dall'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016. Le soglie sono riviste periodicamente e comunque almeno ogni 2 anni dalla Commissione europea, che da ultimo vi ha provveduto con i regolamenti delegati nn. 1827, 1828, 1829 e 1830 del 30 ottobre 2019. Le soglie sono attualmente:

a) € 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;

In una breve fase, con riferimento a tale tipologia di affidamenti, vi era stato addirittura uno slancio nella direzione della prevalenza del criterio del massimo ribasso. Con un ritorno allo spirito della legge Merloni, infatti, nell'aprile del 2019 il c.d. *decreto Sbloc-ca Cantieri*<sup>43</sup> aveva introdotto all'art. 36 del Codice – la disposizione che disciplina, per l'appunto, gli affidamenti sotto soglia – un nuovo co. 9-bis, che prevedeva che, esclusi i casi già richiamati di ricorso obbligato al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo<sup>44</sup>, si procedesse all'aggiudicazione di tale categoria di appalti ordinariamente sulla base del criterio del minor prezzo e, solo previa apposita motivazione, sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>45</sup>.

Il comma in questione, però, è stato modificato già in sede di conversione in legge del decreto, eliminando la necessità di una specifica motivazione per prevedere una valutazione anche qualitativa ed equiparando, dunque, per i contratti sotto soglia – sempre fatti salvi i casi in cui è prevista una riserva espressa in favore del miglior rapporto qualità/prezzo – il ricorso all'uno o all'altro criterio di aggiudicazione<sup>46</sup>.

Un'analogia previsione è oggi contenuta nel c.d. *decreto Semplificazioni* del 2020, che dispone che, nelle particolari procedure negoziate sotto soglia introdotte in via transitoria dallo stesso decreto, le stazioni appaltanti, «nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento», possono procedere "a loro scelta", all'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso<sup>47</sup>. Il testo del decreto-legge in origine non prevedeva espressamente l'esclusione dei casi di necessario utilizzo del miglior rapporto qualità/prezzo di cui all'art. 95, co. 3, ma tale (opportuna) precisazione è stata poi introdotta in sede di conversione.

Per le procedure sotto soglia, dunque, attualmente **la scelta fra l'utilizzo dell'uno o dell'altro criterio è pienamente rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante** ed è sindacabile solo in base a parametri quali la macroscopica illogicità o

- b) € 139.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da autorità governative centrali;
- c) € 214.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- d) € 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX del Codice.

<sup>43</sup> D.L. 18 aprile 2019, n. 32.

<sup>44</sup> Art. 95, co. 3, cfr. par. 2.1.

<sup>45</sup> Come si è già accennato, sarebbe stato preferibile un utilizzo della terminologia maggiormente coordinato con quello della direttiva del 2014 e con l'art. 95 dello stesso Codice.

<sup>46</sup> L. 14 giugno 2019, n. 55. Con specifico riferimento ai lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, scavi archeologici, anche subacquei, ville, parchi e giardini che abbiano interesse artistico o storico, l'art. 148, co. 6, del Codice prevede che, «in deroga al disposto dell'articolo 95, comma 4», può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro sin dal decreto correttivo (D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56), ma si tratta di una disposizione che ha perso di rilievo, proprio in quanto ormai assorbita dall'art. 36, co. 9-bis, che consente il ricorso al criterio del minor prezzo per tutti gli affidamenti sotto soglia.

<sup>47</sup> D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla L. 11 settembre 2020, n. 120. Attualmente le procedure in questione si applicano agli affidamenti per cui l'atto di avvio del procedimento sia stato adottato entro il 30 giugno 2023, ai sensi dell'art. 51, co. 1, lett. a), del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con mod. dalla L. 29 luglio 2021, n. 108.

irragionevolezza, proprio come ai tempi del Codice del 2006, in cui, come si è visto, i due criteri erano equivalenti.

### **FOCUS - L'illegittimità costituzionale della norma della Regione Siciliana sul minor prezzo sotto soglia**

Il co. 9-bis dell'art. 36 è stato di recente richiamato dalla Corte costituzionale nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma della Regione Siciliana<sup>48</sup>, che stabiliva l'obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzare il criterio del minor prezzo nei casi in cui l'affidamento degli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria avvenisse con procedure ordinarie **sulla base del progetto esecutivo**. Quella dei lavori affidati in base a un progetto esecutivo già in possesso della stazione appaltante, come si è accennato, risulta in effetti una delle ipotesi più controverse di valutazione qualitativa, visto che il grado di dettaglio della progettazione rende in molti casi oggettivamente difficile l'elaborazione di criteri per valutare le offerte tecniche, che siano collegati all'oggetto dell'appalto e in grado di differenziare, su profili non marginali, le offerte l'una dall'altra. Non a caso, infatti, quella dell'affidamento di lavori sulla base del progetto esecutivo era una delle ipotesi in cui originariamente anche nel nuovo Codice era consentito l'affidamento al massimo ribasso<sup>49</sup>.

Nel caso della legge della Regione Siciliana, tuttavia, si prevedeva addirittura un vero e proprio **obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzare il criterio del minor prezzo**, obbligo che la Corte costituzionale ha rilevato essere in contrasto con la previsione dell'art. 36, co. 9-bis, del Codice in base alla quale *«i due criteri (quello dell'offerta più vantaggiosa e quello del minor prezzo) sono alternativi senza vincoli, e la scelta è appunto rimessa alla stazione appaltante, fatti salvi casi specifici in cui è mantenuto il primato del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa»*. La previsione è stata dunque ritenuta, in conformità con un orientamento costante della Corte costituzionale, invasiva della sfera di competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), della Cost., valevole anche per le disposizioni relative ai contratti sotto soglia (Corte costituzionale, 11 febbraio 2021, n. 16).

Quando invece si parla di affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. a), del Codice<sup>50</sup>, oppure, nel periodo transitorio, ai sensi della disciplina derogatoria di cui all'art. 1,

<sup>48</sup> Si trattava dell'art. 4, co. 1, della legge della Regione Siciliana 19 luglio 2019, n. 13.

<sup>49</sup> Ai sensi dell'art. 95, co. 4, lett. a), con riferimento ai lavori dapprima di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro e poi di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro. La lett. a), come illustrato nel par. 2.1, è stata poi abrogata dal D. L. n. 32/2019, conv. con mod. dalla L. n. 55/2019. Nella primissima versione dell'art. 95, co. 4, precedente alla modifica del decreto Correttivo (D.Lgs. n. 56/2017) si chiariva addirittura che l'obbligo che la procedura di gara avvenisse sulla base del progetto esecutivo garantiva *«la rispondenza ai requisiti di qualità»*.

<sup>50</sup> Per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro.

D.L. n. 76/2020<sup>51</sup>, soprattutto qualora la stazione appaltante proceda, come consentito dalle norme richiamate, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, non vi è una vera e propria competizione fra operatori e, dunque, **non sono necessari criteri di selezione delle offerte**.

La stazione appaltante, tuttavia, è comunque tenuta a motivare la scelta del soggetto individuato quale affidatario della commessa; e ciò innanzitutto in applicazione dell'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241, che impone per tutti i provvedimenti amministrativi una motivazione che indichi i presupposti che, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, abbiano determinato la decisione dell'amministrazione.

Con particolare riferimento agli appalti pubblici, l'art. 32, co. 2, del Codice, prevede che la stazione appaltante possa procedere ad un affidamento diretto tramite determina a contrarre o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato:

- l'oggetto dell'affidamento;
- l'importo;
- il fornitore;
- **le ragioni della scelta del fornitore**;
- il possesso dei requisiti di carattere generale;
- il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

Agli elementi descritti in tale comma rinvia anche l'art. 1, co. 3, del *decreto Semplificazioni* del 2020, con riferimento alle procedure in deroga previste in via transitoria dallo stesso articolo.

Le Linee guida ANAC n. 4<sup>52</sup> hanno specificato che, quando procedono ad un affidamento diretto, le stazioni appaltanti devono motivare in merito alla scelta dell'affidatario, dando *"dettagliatamente"* conto:

- del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente;
- della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare;
- di **eventuali caratteristiche migliorative offerte** dall'affidatario;
- della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione;
- del rispetto del principio di rotazione.

Pertanto, pur non essendo richiesti veri e propri criteri di valutazione delle offerte, le **"ragioni della scelta del fornitore" da parte della stazione appaltante devono comunque risultare** dal provvedimento di affidamento diretto sotto soglia. L'ANAC ritiene, peraltro,

<sup>51</sup> Per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. Come si è visto, le procedure di cui ai primi due articoli del D.L. n. 76/2020, conv. con mod. dalla L. n. 120/2020, sono applicabili sino al 30 giugno 2023 (termine da ultimo prorogato dal D.L. n. 77/2021, conv. con mod. dalla L. n. 108/2021).

<sup>52</sup> Recanti *"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097, e da ultimo aggiornate (al D.L. n. 32/2019) con delibera del Consiglio 10 luglio 2019, n. 636.

che per gli affidamenti di modico valore (ad esempio, di importo <1.000 euro) e per gli affidamenti effettuati nel rispetto di un regolamento della stazione appaltante, rispettoso dei principi generali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione della scelta dell'affidatario diretto possa essere espressa in forma sintetica, con una determina o atto equivalente redatti in modo semplificato.

Nel caso vi sia un regolamento che disciplina gli affidamenti diretti, ad esempio in tema di contabilità, questo può essere richiamato nel provvedimento. L'adozione di un regolamento apposito o l'inserimento di disposizioni sugli affidamenti diretti – ovviamente sempre in conformità con il quadro normativo e i principi generali in materia – in regolamenti di più ampio respiro, può essere senz'altro una scelta consigliabile per la stazione appaltante, anche nel solco dell'art. 12 della L. n. 241/1990<sup>53</sup>.

Oltre alle previsioni richiamate, non vi sono ulteriori particolari indicazioni circa il contenuto della motivazione in questione e la prassi delle stazioni appaltanti è molto variegata.

Le Linee guida n. 4 dell'ANAC suggeriscono di ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni. Inoltre, le stesse Linee guida precisano che il **confronto di preventivi** di spesa forniti da due o più operatori economici «*rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza*». Tali preventivi possono provenire da operatori individuati tramite un'indagine di mercato (anche priva di particolari formalità) o tramite mercati elettronici quali il MePA, oppure ancora da operatori iscritti a un preesistente albo fornitori dell'ente, di cui è senz'altro opportuno che le amministrazioni si dotino con riferimento alle categorie merceologiche che si trovano ad acquistare con maggiore frequenza, fermo restando il rispetto del principio di rotazione.

In effetti, anche accantonando il principio di concorrenza caro all'ANAC, è intuitivo che, in molti scenari, raffrontare più preventivi – sotto il profilo economico, ma a seconda dei casi anche con riferimento ad aspetti qualitativi della prestazione o del prodotto – possa essere un ottimo modo per selezionare un fornitore il più possibile soddisfacente per l'amministrazione. Si tratta, del resto, di una modalità che tutti adoperano nella vita quotidiana al momento di effettuare un acquisto, ovviamente dosando l'impegno in base all'importo della spesa e all'importanza dell'acquisto.

Altrettanto intuitivo è che, ove si sia effettivamente proceduto al raffronto di più preventivi, anche in assenza di una vera e propria competizione e della fissazione di criteri, pesi e punteggi, dovranno comunque risultare dalla motivazione le ragioni per cui si è scelto l'operatore affidatario. In tal caso, il responsabile unico del procedimento deve comunque chiarire quali aspetti siano più rilevanti per la scelta, con riferimento alle esigenze della stazione appaltante. Fra questi, oltre al prezzo, possono esservi anche aspetti qualitativi o funzionali connessi al prodotto o alla prestazione offerta, alla tempistica e via dicendo.

<sup>53</sup> Secondo cui l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati è subordinata alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

La maggiore apertura alla concorrenza, ma anche la possibilità per l'amministrazione di avere una maggiore scelta nell'acquisto, devono essere bilanciate con la celebrità e la semplicità che deve caratterizzare queste operazioni di acquisto, corollari del **principio di non aggravamento del procedimento** amministrativo di cui all'art. 1, co. 2, della L. n. 241/1990. È evidente che dedicare un lasso di tempo e una quantità di energie sproporzionati ad un acquisto di scarso valore e importanza non sarebbe indice di un'amministrazione giudiziosa e zelante, ma soltanto uno spreco di risorse pubbliche a danno della collettività.

Ciò è da dirsi a maggior ragione nell'attuale fase, in cui il legislatore ha dettato una chiara linea di indirizzo in merito a quali debbano essere le priorità degli acquirenti pubblici, con il più volte richiamato decreto Semplificazioni 2020<sup>54</sup>. Come ha chiarito anche il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti<sup>55</sup>, la scelta del legislatore è stata proprio quella di prevedere per appalti di modico importo delle modalità di affidamento semplificate e più "snelle", al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi. Pertanto, l'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta sì una *best practice*, ma solo nel caso in cui ciò non comporti un'eccessiva dilazione dei tempi di affidamento, che sarebbe in contrasto con la *ratio* che informa, appunto, il decreto Semplificazioni<sup>56</sup>. Nello stesso parere, inoltre, si rammenta che, come si è già anticipato, negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l'eventuale raffronto tra preventivi non presuppone la fissazione a monte di un criterio di aggiudicazione. Determinare le modalità con cui addivenire all'individuazione del contraente e per l'eventuale richiesta di preventivi rientrerebbe, quindi, nella discrezionalità della stazione appaltante.

In ogni caso, rimane fermo che, se effettivamente la stazione appaltante procede a richiedere un certo numero di preventivi, ad avviare un'indagine di mercato o a qualunque altra modalità di svolgimento di un'istruttoria, non può poi effettuare una scelta avulsa dagli esiti di essa, a pena di incorrere in vizi della motivazione e dell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Insomma, anche negli affidamenti diretti di modico valore l'amministrazione deve seguire un percorso, per quanto semplificato, pur sempre logico, coerente e sensato, che deve essere ricostruibile a valle dalla lettura della motivazione del provvedimento.

## 2.6. I criteri nelle concessioni

Una disciplina dei criteri di aggiudicazione derogatoria rispetto a quella generale di cui all'art. 95 è prevista anche con riferimento alle procedure che abbiano ad oggetto l'affidamento non di un appalto, ma di una concessione.

<sup>54</sup> D.L. n. 76/2020, conv. con mod. dalla L. n. 120/2020.

<sup>55</sup> A partire dal 2 marzo 2021, il Ministero ha assunto la nuova denominazione di Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.

<sup>56</sup> Cfr. parere MIT n. 764, su richiesta del 20 ottobre 2020.

Com'è noto, infatti, oltre ai contratti di appalto, il Codice prevede anche questa diversa tipologia di rapporto tra pubblica amministrazione e operatori, in cui il corrispettivo per l'esecuzione dei lavori oppure l'erogazione di servizi consiste nel diritto di gestire le opere o i servizi oggetto del contratto, eventualmente in aggiunta a un compenso economico che, tuttavia, non deve essere mai tale da modificare l'assunzione del rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi, che deve restare a carico del concessionario<sup>57</sup>. Del resto, è proprio il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico a caratterizzare le concessioni rispetto agli appalti: nelle concessioni non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi e deve esservi una reale esposizione del concessionario alle fluttuazioni del mercato.

Con riferimento alle concessioni, il Codice dei contratti pubblici prevede in generale che alle relative procedure si applichino, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nelle parti I e II del Codice stesso, inclusa dunque la disciplina dei criteri di aggiudicazione, che sono anche espressamente richiamati dall'art. 164, co. 2. A tale disciplina si affianca, però, una serie di previsioni derogatorie dettate appositamente per le concessioni, anche in attuazione della specifica direttiva 2014/23/UE<sup>58</sup>. Tradizionalmente, infatti, le concessioni sono sottoposte ad una disciplina più leggera rispetto a quella degli appalti pubblici<sup>59</sup>.

Come impostazione di fondo, la direttiva sulle concessioni non si discosta da quella sugli appalti: il considerando 64, per quanto meno specifico dei corrispondenti considerando della direttiva 24/2014/UE, sottolinea l'importanza della considerazione, nella scelta dei criteri di aggiudicazione delle concessioni, anche di aspetti sociali ed ambientali.

All'art. 41 la direttiva reca poi alcune previsioni particolari, sostanzialmente riprese dall'art. 173 del nostro Codice. L'art. 173, co. 1, in primo luogo, ricorda che le concessioni devono essere aggiudicate sempre e comunque sulla base dei principi di cui all'art. 30, il quale richiama in rubrica, non a caso, tanto gli appalti quanto le concessioni<sup>60</sup>. Il comma successivo dell'art. 173 prevede poi che, fermi restando i richiamati principi, «*e comunque in deroga all'articolo 95, la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza*».

L'ultimo comma disciplina, invece, un caso eccezionale di modifica dell'ordine dei criteri di aggiudicazione previsto dal bando: nel caso in cui la stazione appaltante riceva un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di presta-

<sup>57</sup> Cfr. art. 3, co. 1, lett. uu), vv) e zz), del Codice dei contratti pubblici.

<sup>58</sup> Come è noto, il Codice dei contratti pubblici recepisce ben tre direttive dell'Unione europea: quella sugli appalti pubblici (2014/24/UE), quella sugli appalti nei settori speciali (2014/25/UE) e, appunto, quella sulle concessioni (2014/23/UE).

<sup>59</sup> Cfr., per le concessioni di servizi, l'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006.

<sup>60</sup> Si tratta dei principi di efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità ed economicità. Quest'ultimo può essere subordinato ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

zioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista utilizzando l'ordinaria diligenza, l'ordine prestabilito può essere modificato per tenere conto di tale soluzione, senza dare luogo a discriminazioni. In tal caso, la stazione appaltante informa tutti gli offerenti della modifica dell'ordine di importanza dei criteri, rimettendoli in termini per la presentazione dell'offerta. Il caso eccezionale descritto risulta, in realtà, di difficile attuazione pratica, soprattutto con riferimento all'obbligo di evitare discriminazioni, pur sostanzialmente andando a modificare i criteri in virtù della soluzione innovativa proposta da uno degli offerenti.

La previsione relativa all'elenco dei criteri **in ordine decrescente di importanza** pone, dal canto suo, una serie di complessità. Come si vedrà<sup>61</sup>, l'art. 95, co. 9, prevede tale ipotesi come un'alternativa alla ponderazione nel bando dei criteri di valutazione, utilizzabile dalle stazioni appaltanti solo «*quando ritengono la ponderazione [...] non possibile per ragioni oggettive*». L'importanza dell'indicazione da parte della stazione appaltante di (quantomeno) l'ordine di importanza dei criteri deve essere ricondotta al principio per cui è l'amministrazione a dover individuare le proprie specifiche esigenze e, in base ad esse, a prestabilire come selezionerà la migliore offerta, con riferimento allo specifico oggetto del contratto.

Anche alla luce del bilanciamento fra il rinvio alle disposizioni sui criteri di aggiudicazione di cui alla parte II (dunque all'art 95) contenuto nell'art. 164 e la previsione di espressa deroga allo stesso art. 95 contenuta nell'art. 173, la ricostruzione della disciplina applicabile non è del tutto agevole.

Deve senz'altro riconoscersi che la deroga prevista dall'art. 173 riguarda solo l'aspetto della ponderazione dei criteri, con riferimento al quale è prevista, invece, la modalità dell'elencazione per ordine di importanza. Dovrebbe dunque ritenersi applicabile il resto della disciplina di cui all'art. 95, sebbene talora la giurisprudenza abbia escluso l'applicabilità dell'intero articolo e, in particolare, del co. 4, relativo, come abbiamo visto<sup>62</sup>, ai casi in cui sia utilizzabile il criterio del minor prezzo<sup>63</sup>.

In realtà, nella prassi sembrerebbe che, nella maggior parte dei casi, le stazioni appaltanti, oltre a elencare i criteri nell'ordine di importanza, attribuiscono anche agli stessi pesi e punteggi in modo sufficientemente dettagliato, collocandosi comunque di fatto nel solco dell'art. 95 nel legittimo esercizio della loro discrezionalità (ma ovviamente autovincolandosi a quanto previsto nel bando stesso).

### **CASO PRATICO – Mancata puntuale ponderazione dei criteri nel bando di una concessione**

In un bando per la concessione della gestione di una casa alloggio per anziani, la stazione appaltante aveva ponderato i criteri per la valutazione delle offerte tec-

<sup>61</sup> Par. 3.1.

<sup>62</sup> Par. 2.1.

<sup>63</sup> Così TAR Basilicata, Sez. I, 31 gennaio 2019, n. 126.

niche, ma non quelli delle offerte economiche, per cui aveva indicato il punteggio massimo attribuibile (30 punti), ma senza precisare i punti massimi attribuibili a ciascuno dei tre criteri. La lacuna veniva colmata dalla commissione di gara, che decideva di assegnare un massimo di 10 punti in relazione ad ognuno dei tre parametri. Il TAR ha ritenuto che l'art. 95, co. 8, del Codice, che impone la ponderazione dei criteri, non era utilmente invocabile come parametro di legalità per la gara in questione, che aveva ad oggetto una concessione di servizi, in virtù della deroga prevista dall'art. 173, co. 2, in quanto *«in materia di concessioni non è dunque richiesto, come per gli appalti, che la lex specialis contenga la puntuale ponderazione dei criteri di valutazione, avendo il legislatore preferito accordare alla commissione di gara un maggiore spazio di autonomia nella definizione della griglia dei punteggi attribuibili alle offerte, eventualmente a completamento di quella predisposta dalla stazione appaltante, salvo in ogni caso il vincolo dell'ordinazione gerarchica di detti criteri da parte di quest'ultima»* (TAR Basilicata, Sez. I, 18 settembre 2018, n. 635).

## ALLA RICERCA DELLA MIGLIORE OFFERTA TECNICA

### 3.1. I criteri di valutazione dell'offerta tecnica: l'individuazione e la ponderazione

Come si è visto, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge i contratti pubblici possono essere aggiudicati anche in base alla sola offerta economica (criterio del minor prezzo), oppure in base ad una valutazione che considera sia la qualità che gli aspetti economici (miglior rapporto qualità/prezzo), quando non addirittura in base a soli parametri qualitativi (appalti a costo fisso). In tali ultime due ipotesi, i concorrenti devono presentare un'offerta tecnica che sarà valutata da un'apposita commissione.

La scelta dei parametri per valutare le offerte economiche – sia nel caso in cui siano l'unico elemento di valutazione, nelle gare al massimo ribasso, sia quando concorrono a determinare il punteggio complessivo accanto a quelle tecniche – è relativamente semplice. La stazione appaltante, infatti, deve limitarsi a decidere se desidera che i concorrenti indichino un ribasso percentuale o un valore assoluto e, ove pertinente, se preferisce che l'offerta consista in un importo onnicomprensivo (ad esempio, nel caso di lavori a corpo, della fornitura di un unico bene o di un servizio a canone mensile o a tariffa oraria) o si articoli su un elenco prezzi o su un listino (lavori a misura, forniture basate su ordinativi di diversi prodotti, servizi articolati su prestazioni a richiesta, come nel caso della manutenzione automezzi o nell'ambito della ristorazione)<sup>1</sup>. A ben vedere, l'aspetto più significativo e complesso in tale contesto è quello della fissazione di importi a base d'asta corretti e adeguati, che esula però dall'attuale trattazione<sup>2</sup>. Resta poi da stabilire, come del resto anche per gli elementi quantitativi delle offerte tecniche, la formula per la determinazione del punteggio e altri aspetti rilevanti nella fase di predisposizione della graduatoria, su cui si tornerà nel capitolo conclusivo<sup>3</sup>.

Quando il criterio adoperato è quello del miglior rapporto qualità/prezzo, le modalità per attribuire il punteggio alle offerte tecniche risultano, invece, ben più complesse e decisamente cruciali, soprattutto ora che, come si è visto, è previsto che all'elemento

<sup>1</sup> Sarebbe auspicabile, nel solco di quanto previsto dal quadro normativo sia nazionale che sovranazionale, considerare anche i costi del ciclo di vita, su cui si rinvia al par. 2.2.

<sup>2</sup> Sia consentito però rinviare, fra l'altro, all'utile documento di ITACA "Indirizzi operativi per il calcolo del valore stimato degli appalti e per la redazione del prospetto economico di servizi e forniture", agevolmente reperibile online.

<sup>3</sup> Par. 4.4.

economico siano destinati non più del 30 per cento dei punti, il che lascia necessariamente il restante 70 per cento agli aspetti tecnici e qualitativi<sup>4</sup>. La sfida principale per le stazioni appaltanti, in effetti, è quella di individuare criteri (o elementi) di valutazione delle offerte tecniche in grado di differenziare efficacemente le offerte l'una dall'altra, in base a profili che riflettano il grado di rispondenza di ciascuna offerta alle esigenze della stazione appaltante e garantiscano "la possibilità di una concorrenza effettiva", come precisato dall'art. 95, co. 1<sup>5</sup>.

Con riferimento alla **terminologia**, sovente si parla di "criteri o elementi di valutazione" per indicare i vari aspetti delle offerte che saranno oggetto di valutazione, ciascuno con la relativa forchetta di punteggio ed eventualmente suddivisi in sub-criteri, mentre il "criterio di aggiudicazione" vero e proprio sarebbe, ad esempio, il miglior rapporto qualità/prezzo oppure il massimo ribasso (sebbene i co. 6 e 11 dell'art. 95 non aderiscano affatto a tale impostazione). Si parla infine di "criteri motivazionali" per indicare i parametri di giudizio che devono guidare la commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte, indicandole il percorso logico-argomentativo da seguire nell'attribuire il punteggio. In realtà, tale ultima espressione non si rinviene nel Codice vigente, mentre era utilizzata in una delle versioni precedenti del Codice del 2006, su cui si tornerà nel prossimo paragrafo a proposito del ruolo della commissione nell'ulteriore determinazione dei criteri.

Anche a prescindere da una rigida adesione a tali scelte terminologiche, che a dire il vero non trovano particolari riscontri né nella normativa né nella prassi, ciò che è davvero importante è che nella documentazione di gara siano indicati gli elementi e gli aspetti dell'offerta che saranno oggetto di valutazione e i profili in base ai quali questi saranno valutati e sarà attribuito il punteggio, il tutto eventualmente scomposto in sub-criteri/sub-elementi e abbinato ai relativi pesi e sub-pesi.

Secondo la direttiva 2014/24/UE, «viste le numerose possibilità di valutare il rapporto qualità/prezzo sulla base di criteri sostanziali, si dovrebbe evitare il ricorso al sorteggio quale unico mezzo di aggiudicazione dell'appalto»<sup>6</sup>. Ciò nonostante, l'individuazione di criteri suscettibili di ricondurre la selezione alle esigenze della stazione appaltante è spesso in concreto tutt'altro che agevole (e forse ci sono casi in cui davvero le amministrazioni sarebbero tentate di utilizzare piuttosto il sorteggio).

Il primo passaggio logico della stazione appaltante nell'individuare gli elementi di valutazione è la definizione degli obiettivi che intende perseguire con la procedura di acquisto e dell'importanza che intende attribuire a ciascuno di essi<sup>7</sup>. I criteri di valutazione, infatti, prendono forma progressivamente e in tale processo è di particolare importanza la fase di **programmazione**<sup>8</sup>. Sin da tale fase, infatti, la stazione appaltante

<sup>4</sup> Si veda il par. 2.4.

<sup>5</sup> Subito dopo l'affermazione di principio per cui «i criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta».

<sup>6</sup> Cfr. considerando 93.

<sup>7</sup> Lo sottolineano le Linee guida n. 2 dell'ANAC al par. III.

<sup>8</sup> Di cui all'art. 21 del Codice.

inizia ad acquisire contezza dei propri bisogni e dei propri obiettivi, ivi inclusi quelli ambientali, sociali e di favore dell'innovazione, oltre che della gradazione della loro rispettiva importanza<sup>9</sup>.

Nella fase di **progettazione** devono quindi essere definiti i singoli criteri di valutazione e il punteggio attribuibile per ciascuno di essi, per poterli poi elencare nella documentazione di gara. I criteri possono essere i più vari e tanto diversi tra loro da una gara all'altra quanto variano gli oggetti dei contratti di lavori, servizi e forniture messi a gara dalle amministrazioni aggiudicatrici sparse sul territorio nazionale.

L'ANAC ha sottolineato che, nel definire i criteri di valutazione, le stazioni appaltanti devono tener conto:

- della struttura del settore merceologico a cui afferisce l'oggetto del contratto;
- delle caratteristiche tecniche dei lavori/beni/servizi rispondenti alle esigenze della stazione appaltante;
- delle caratteristiche tecniche che il mercato di riferimento è effettivamente in grado di esprimere<sup>10</sup>.

Inoltre, visto il peso che i criteri di valutazione individuati dalle stazioni appaltanti possono avere sul mercato anche in via indiretta, plasmando i comportamenti degli operatori del settore che ambiscono ad aggiudicarsi le gare pubbliche, nel formulare i criteri le amministrazioni devono anche evitare di determinare distorsioni e di incorrere in violazioni anche di norme di leggi ulteriori rispetto a quelle che regolano gli appalti pubblici.

### **FOCUS – Il caso dei prodotti "no OGM" nella legge regionale del Molise**

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Molise che prevedeva che l'utilizzo di prodotti non contenenti organismi geneticamente modificati (OGM) costituisse "*titolo preferenziale*" per l'aggiudicazione degli appalti di servizi e forniture destinati alle attività di ristorazione collettiva.

La sentenza afferma che l'intervento legislativo regionale, sebbene in via indiretta, recherebbe una limitazione alla libera circolazione degli OGM autorizzati in conformità al diritto dell'Unione europea (e in particolare alla direttiva 2001/18/CEE). Né sarebbero state dimostrate ragioni di tutela della salute o la possibilità di un pregiudizio alle colture tradizionali causato dalla diffusione degli OGM che, comunque, atterrebbe alla tutela del patrimonio culturale e sarebbe dunque ascritto alla potestà legislativa esclusiva statale, eccedendo le competenze regionali.

In particolare, pur non trattandosi di un divieto alla somministrazione di prodotti contenenti OGM, ma di un criterio che consentiva l'attribuzione di «*punteggio aggiuntivo agli ulteriori criteri già fissati per l'aggiudicazione del servizio di ristorazione collettiva*», la Corte costituzionale ha ritenuto comunque indubbio che i

<sup>9</sup> Come sottolineato da L. Gili, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2017, p. 29.

<sup>10</sup> ANAC, Linee guida n. 2, par. III.

partecipanti alla procedura sarebbero stati incentivati al soddisfacimento del criterio e dunque a sfavorire i prodotti contenenti OGM (Corte costituzionale, 17 febbraio 2021, n. 23).

In ogni caso, pur nella varietà potenzialmente illimitata di profili valutabili, i criteri devono sempre avere alcune caratteristiche di fondo e, in particolare, devono essere:

- non discriminatori;
- oggettivi;
- connessi allo specifico oggetto dell'appalto e alle caratteristiche del relativo contratto, oltre che ad altre esigenze della pubblica amministrazione, quali sono quelle collegate ad aspetti ambientali e sociali;
- idonei a differenziare le offerte l'una dall'altra;
- indicati nei documenti di gara in modo chiaro e comprensibile, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole.

La prima caratteristica costituisce un corollario dei principi di trasparenza, di **non discriminazione** e di parità di trattamento, richiamati anche dall'art. 95, co. 2. Ciò implica che i criteri devono essere formulati in modo tale da non favorire irragionevolmente alcune categorie di operatori rispetto ad altre o singoli operatori rispetto al resto del mercato. Mentre, infatti, è evidente (e discende dalla caratteristica *sub d*) che gli elementi di valutazione servono proprio per premiare alcune delle offerte a discapito delle altre, tale preferenza deve derivare da elementi oggettivi da cui dipende l'effettivo vantaggio di un'offerta rispetto ad un'altra per la stazione appaltante. Ove, invece, si andasse ad esempio a premiare determinate specifiche tecniche possedute da un solo fornitore sul mercato (magari per un accordo esclusivo con il produttore di un componente), ma che sono in realtà del tutto equivalenti ad altre specifiche analoghe di cui sono dotati altri prodotti che non presentano sostanziali differenze per l'amministrazione, si sarebbe introdotto un criterio di valutazione inutilmente e irragionevolmente discriminatorio e dunque illegittimo.

L'**oggettività** dei criteri, invece, attiene soprattutto alla loro attitudine ad essere applicati da parte della commissione in modo sì discrezionale, ma comunque imparziale e non arbitrario. Quella dei commissari deve essere una valutazione discrezionale di gradimento dell'offerta (e vi sono casi in cui ciò è particolarmente evidente, come nel caso delle caratteristiche estetiche di un bene o di una lavorazione), ma i criteri devono comunque essere impostati in modo tale da ricondurre la valutazione a canoni verificabili e generalmente accettati.

La **connessione dei criteri allo specifico oggetto dell'appalto**, ma anche alla natura e alle caratteristiche del contratto, è prescritta – oltre che dal buon senso – dall'art. 95, co. 6. Il successivo co. 11 precisa che i criteri sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino «*lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita*», includendo quindi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio o in una fase

successiva, anche se tali fattori non sono parte del contenuto sostanziale dei lavori, servizi o forniture<sup>11</sup>.

Sono inoltre consentiti, come risulta dall'impianto complessivo della disciplina in materia, anche criteri che non attengono direttamente alle caratteristiche dei lavori, dei beni o dei servizi, ma che si colleghino ad altre esigenze, in senso ampio, della pubblica amministrazione, quali quelle relative ad aspetti ambientali e sociali, che devono comunque essere misurabili, al fine di consentire l'attribuzione del relativo punteggio<sup>12</sup>. Chiaramente, l'equilibrio fra i criteri volti a valutare elementi della prestazione, che incidono direttamente sul grado di soddisfazione della stazione appaltante in base alle sue effettive necessità e quelli volti, invece, a favorire più ampi interessi ambientali o sociali deve essere frutto di un bilanciamento ragionevole da parte dell'amministrazione.

La scelta di criteri **idonei a differenziare le offerte l'una dall'altra**, come si è anticipato, costituisce una delle principali sfide per le stazioni appaltanti. Per non essere del tutto vanificati, i criteri devono infatti consentire un effettivo confronto concorrenziale tra gli offerenti e devono essere formulati in modo tale da evitare situazioni di appiattimento delle offerte sugli stessi punteggi.

#### **FOCUS – Esempi di appiattimento del punteggio**

- 1) criterio di valutazione che premia un elemento o una caratteristica che, in base alla composizione del mercato di riferimento, risultino posseduti sostanzialmente da qualunque operatore partecipante alla gara;
- 2) criterio di valutazione che attribuisce un punteggio ad aspetti che costituivano già requisiti di partecipazione alla procedura o specifiche di minima dell'offerta: anche in tal caso tutti i partecipanti ammessi alla procedura conseguirebbero il relativo punteggio.

L'appiattimento dei punteggi dovuto all'individuazione da parte della stazione appaltante di criteri di valutazione non efficaci, oltre a non consentire di premiare i miglioramenti effettivi rispetto a quanto posto a base di gara, rischia di vanificare la stessa applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, sabotando l'equilibrio fra i punteggi tecnico ed economico stabilito dallo stesso Codice con la fissazione per il secondo del tetto massimo del 30 per cento. Non è un caso, infatti, che l'art. 95, co. 10-bis, oltre a prevedere il richiamato limite per il punteggio economico, stabilisce che, *"al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo"*, la stazione appaltante debba individuare criteri *"tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici"*.

Infatti, è chiaro che se, ad esempio, dei 70 punti previsti per la valutazione dell'offerta tecnica, 20 vengono assegnati automaticamente a tutte le offerte, è come se i punteggi

<sup>11</sup> Sulla nozione di costi del ciclo di vita si rinvia al par. 2.2.

<sup>12</sup> ANAC, Linee guida n. 2, cit., par. II.

non fossero attribuiti in centesimi ma in ottantesimi: 50 punti su 80 all'offerta tecnica e 30 punti su 80 all'offerta economica. Poiché 30 punti su 80 corrispondono al 37,5 per cento, tale scenario risulta in violazione del tetto di cui al co. 10-*bis*.

Infine, è molto importante che i criteri di valutazione – e del punteggio attribuibile per ciascuno di essi – siano indicati **nei documenti di gara in modo chiaro e comprensibile**. I criteri di valutazione, dunque, non solo devono essere già indicati nella documentazione di gara e non possono essere fissati successivamente (art. 95, co. 8)<sup>13</sup>, ma devono anche essere espressi in modo chiaro, evitando «*formulazioni oscure o ambigue*»<sup>14</sup> e «*in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo*»<sup>15</sup>.

Tale obbligo di chiarezza è volto, da una parte, ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, dall'altra, a consentire ai concorrenti di formulare la propria offerta in modo consapevole, nell'interesse sia loro che della stazione appaltante, che così avrà maggiori possibilità di ricevere offerte conformi alle proprie esigenze.

Solitamente, nei disciplinari di gara i criteri di valutazione vengono indicati in una tabella con i relativi punteggi e gli eventuali sub-criteri (e sub-punteggi), ma possono anche essere inseriti in un elenco puntato nel corpo del testo, purché il tutto sia chiaro e intuitivo. Criterio per criterio oppure dopo la tabella, possono essere descritti i parametri di giudizio, che la commissione dovrà applicare (i c.d. "*criteri motivazionali*", ad esempio ove si dica di considerare migliore la soluzione che garantisca la maggiore presenza di una data caratteristica). A titolo esemplificativo, si può osservare la tabella contenuta nel paragrafo sui criteri di valutazione dell'offerta tecnica del Bando tipo dell'ANAC n. 1/2021 (*Schema di disciplinare di gara per procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*)<sup>16</sup>:

**Tabella dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica** (Fonte: ANAC, Bando tipo n. 1/2021)

N°	CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI MAX		SUB-CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI D MAX	PUNTI Q MAX	PUNTI T MAX
1	... [indicare criterio]	...	1.1	... [indicare sub-criterio]	...	...	...
			1.2	... [indicare sub-criterio]	...	...	...
2	... [indicare criterio]	...	2.1	... [indicare sub-criterio]	...	...	...
			2.2	... [indicare sub-criterio]	...	...	...
Totale		100					

<sup>13</sup> Sui margini in cui la commissione giudicatrice può precisare o integrare i criteri, si veda il paragrafo successivo.

<sup>14</sup> ANAC, Linee guida n. 2, Premessa.

<sup>15</sup> CGUE, 18 ottobre 2001, C-19/00, pt. 42.

<sup>16</sup> ANAC, Bando tipo n. 1, approvato con delibera 24 novembre 2021, n. 773 e aggiornato da ultimo con delibera 16 marzo 2022, n. 154, par. 17.1. Il bando tipo è stato adottato ai sensi dell'art. 71 del Codice ed ha sostituito la precedente versione del 2017, considerando la modalità telematica di svolgimento delle procedure e l'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni.

Le lett. D, Q e T indicate nelle ultime tre colonne si riferiscono rispettivamente ai punteggi discrezionali (il cui coefficiente è attribuito in ragione dell'esercizio della discrezionalità spettante alla commissione giudicatrice), ai punteggi quantitativi (il cui coefficiente è attribuito mediante applicazione di una formula matematica) e ai punteggi tabellari (punteggi fissi e predefiniti che saranno attribuiti o non attribuiti in ragione della presenza o assenza di un dato elemento nell'offerta). Si tornerà su ciascuna tipologia più avanti<sup>17</sup>.

Una volta individuati i criteri di valutazione e gli eventuali sub-criteri, la stazione appaltante deve procedere alla loro **ponderazione**, ovverossia all'attribuzione a ciascuno di essi del relativo peso o punteggio, «*anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato*» (art. 95, co. 8). I valori identificati devono essere indicati in modo chiaro nella documentazione di gara e per l'attribuzione del punteggio a ciascun elemento dell'offerta devono essere utilizzate metodologie tali da consentire, alla conclusione delle operazioni, di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa (art. 95, co. 9).

In tal senso, l'ANAC suggerisce di assegnare punteggi ai criteri in modo tale che la somma complessiva (per l'offerta tecnica ed economica) sia pari a 100 punti, in quanto questo costituirebbe un parametro numerico intuitivo per i concorrenti<sup>18</sup>. Si tratta di un'indicazione di buon senso, da cui le stazioni appaltanti si discostano solo occasionalmente.

Per quanto riguarda le forcelle di punteggio per ciascun criterio, spesso vanno da zero al numero di punti attribuibile con riferimento al singolo elemento, ma non deve necessariamente essere così e vi sono casi in cui il valore minimo, ad esempio, è di uno o più punti. La cosa imprescindibile, nel fissare i punteggi, è che la stazione appaltante sia guidata dai principi di proporzionalità e ragionevolezza e che si verifichi sempre che, alla fine delle operazioni, *i conti tornino* e il sistema delineato sia tale da selezionare l'offerta maggiormente rispondente alle esigenze della stazione appaltante.

Infatti, nel determinare i punteggi attribuibili, la stazione appaltante deve considerare il valore e l'importanza che rivestono per essa le varie componenti dell'offerta oggetto di valutazione nello specifico appalto, dal momento che il peso assegnato ad ogni criterio o sub-criterio dovrebbe essere proporzionato alla rilevanza che ciascun aspetto riveste in assoluto e rispetto agli altri.

Ad esempio se vi sono oggetti principali e secondari dell'affidamento, i punteggi devono essere ripartiti proporzionalmente ai relativi criteri, mentre ai profili non essenziali in relazione alle esigenze della stazione appaltante dovrebbe essere attribuito un punteggio limitato oppure non dovrebbe essere attribuito alcun punteggio<sup>19</sup>.

Il punteggio attribuibile a ciascun elemento e la decisione se disaggregare o meno il singolo criterio valutativo in sub-criteri sono espressione dell'ampia discrezionalità attribuita all'amministrazione e, dunque, sindacabile in sede di legittimità solo allorché

<sup>17</sup> Rispettivamente nei paragrafi 4.5, 4.4 e 3.6.

<sup>18</sup> ANAC, Linee guida n. 2, par. III.

<sup>19</sup> Così ancora le Linee guida n. 2 dell'ANAC, par. III.

la scelta sia macroscopicamente illogica, irragionevole o irrazionale, oppure nel caso in cui la formulazione e la ponderazione dei criteri non siano trasparenti né intellegibili e non consentano, dunque, ai concorrenti di calibrare la propria offerta<sup>20</sup>.

Vi sono però numerosi casi portati all'attenzione del giudice amministrativo in cui viene contestata la previsione di c.d. *macro-criteri*, in assenza di un'ulteriore suddivisione in sub-criteri. Si tratta di una scelta criticata in quanto, prevedendo l'attribuzione di una fetta cospicua di punteggio a un solo criterio (ad esempio, oltre 30 punti), lascia molta discrezionalità alla commissione giudicatrice. La giurisprudenza in proposito è variegata e la legittimità deve essere vagliata caso per caso, nel contesto della specifica documentazione di gara e con riferimento all'oggetto dell'appalto. Ad esempio, in un caso, la presenza di una dettagliata "*griglia di valori*" nella documentazione di gara, che delimitava le modalità di attribuzione dei punteggi da parte dei commissari, ha fatto ritenere legittima la previsione di due criteri a cui erano attribuiti rispettivamente 35 e 28 punti su 70 (Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1497).

#### **CASO PRATICO – Previsione nel disciplinare di macro-criteri divisi in sub-criteri, per cui non è previsto un sub-punteggio**

Vi sono dei casi in cui la stazione appaltante suddivide un macro-criterio in sub-criteri, ma attribuisce un punteggio solo al macro-criterio, senza specificare per ogni sub-criterio il relativo sub-punteggio. Anche in tali casi la giurisprudenza raggiunge conclusioni variegata.

Ad esempio, nel caso di una gara per la fornitura di un sistema di diagnostica strumentale per la determinazione delle emoglobine, il TAR di Napoli ha ritenuto che la mancata fissazione dei sub-punteggi avesse leso il diritto di difesa del concorrente, costringendolo a formulare mere ipotesi in ordine agli elementi valutati negativamente dalla commissione (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 601, parzialmente riformata in appello, ma con riferimento ad altri capi).

Al contrario, in un caso di una gara per il servizio di vigilanza e di prevenzione incendi, in cui una scheda allegata alla documentazione di gara enucleava singole componenti delle macrovoci oggetto di valutazione, ma non veniva associato un sub-punteggio ad alcuna di queste componenti descrittive di dettaglio, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la decisione della stazione appaltante. La sentenza fa riferimento, innanzitutto, agli orientamenti già richiamati, per cui la preventiva individuazione di sub-criteri di valutazione non è obbligatoria (ma a questo passaggio della sentenza verrebbe da obiettare che, fermo restando che non è obbligatorio prevedere sub-criteri, è altra questione quella relativa alla mancata previsione di un sub-punteggio una volta che i sub-criteri siano stati individuati).

La sentenza rileva poi che la mancata associazione di uno specifico *range* di sub-punteggio ai singoli sub-parametri non potrebbe assurgere a circostanza

52 | <sup>20</sup> Si vedano, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2241, e Id., Sez. V, 14 novembre 2017, n. 5245.

ostativa alla formulazione dell'offerta, neppure sotto il profilo della difficoltà per il concorrente di conoscere su quali specifici elementi dell'offerta tecnica si sarebbero indirizzate le preferenze della stazione appaltante, in quanto vi sarebbe «*un fattore di imponderabilità e aleatorietà in qualche misura comune a tutte le procedure selettive aventi ad oggetto servizi complessi non rigidamente pianificati a monte dai capitolati tecnici*» e ricorrente nei casi in cui la stazione appaltante ritenga opportuno predisporre sistemi di gara che non irrigidiscano eccessivamente la libera iniziativa progettuale dei concorrenti. Nel caso di specie, quindi, secondo il Consiglio di Stato, l'omessa articolazione di sub-parametri di attribuzione del punteggio corrispondeva ad un'impostazione volta a non limitare la varietà di soluzioni proponibili (Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3080 – si segnala che si tratta di una pronuncia peculiare molto ancorata al caso concreto sottoposto a esame).

Infine, l'art. 95, co. 9, consente alle stazioni appaltanti che ritengano la ponderazione di cui al co. 8 «*non possibile per ragioni oggettive*» di limitarsi ad indicare nella documentazione di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Negli appalti pubblici, a differenza che nelle concessioni<sup>21</sup>, si tratta di un caso eccezionale, che richiede senz'altro una motivazione espressa circa la sussistenza delle richiamate «*ragioni oggettive*». In effetti, nella prassi è un caso che si presenta davvero raramente; è frequente, invece, che i criteri siano comunque elencati in ordine decrescente di punteggio (e dunque di importanza), rendendo più chiara e agevole la lettura da parte degli operatori.

### 3.2. La precisazione dei criteri da parte della commissione

Si è già sottolineato che, a presidio del principio di trasparenza e al fine di consentire ai concorrenti di formulare la propria offerta in modo consapevole, i criteri di valutazione delle offerte tecniche e il punteggio attribuibile a ciascuno di essi devono essere dettagliatamente indicati nella documentazione di gara.

Di conseguenza, è in generale preclusa alla commissione giudicatrice la modifica, l'integrazione o la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte. Fermo restando tale principio, si sono poste negli anni – solo ed esclusivamente con riferimento alla fase antecedente all'apertura delle offerte – due questioni, relative a:

- i) la possibilità per la commissione di fissare i c.d. *criteri motivazionali*;
- ii) la possibilità per la commissione di effettuare una declinazione dei criteri e dei sub-criteri nonché della loro valorizzazione.

Con riferimento alla prima questione, come si è visto, si parla di **criteri motivazionali** per descrivere i parametri che devono guidare il giudizio e il percorso logico-argomentativo della commissione nella valutazione delle offerte. I criteri motivazionali, ove necessari, sono spesso sussunti negli stessi criteri di valutazione, oppure comunque già previsti nel-

<sup>21</sup> Cfr. par. 2.6.

la documentazione di gara. Ove così non fosse, si pone il problema se sia consentito alla commissione stessa di prefissarli, a differenza, ad esempio, della disciplina dei concorsi pubblici, in cui è tendenzialmente previsto che le commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscano, in base a quanto previsto nel bando, i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove<sup>22</sup>.

Nella versione originaria del Codice del 2006 era contenuta un'apposita previsione per cui la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, dovesse fissare in via generale i "criteri motivazionali" cui si sarebbe attenuta per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando (art. 83, co. 4, del D.Lgs. n. 163/2006). Tale norma è stata però oggetto dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, in cui si rilevava che le direttive allora vigenti in materia di appalti pubblici<sup>23</sup> esigevano che i criteri di aggiudicazione e la relativa ponderazione o l'ordine di importanza fossero indicati nella documentazione di gara, per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, e che tutti i criteri da utilizzarsi per l'aggiudicazione dovessero essere messi a disposizione dei concorrenti prima della formulazione delle offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto<sup>24</sup>.

Pertanto, il periodo del co. 4 sulla fissazione dei criteri motivazionali è stato abrogato dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. *terzo correttivo*) e l'allora AVCP concluse che con la soppressione del potere della commissione di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi veniva «*implicitamente sancito che le modalità di ripartizione dei punteggi per ogni criterio di valutazione devono essere predeterminate a monte, in sede di stesura del bando di gara*»<sup>25</sup>.

Con l'adozione del Codice dei contratti pubblici del 2016, abbandonata la previsione del vecchio art. 83, co. 4, la disciplina è caratterizzata, come si è visto, dalla necessaria presenza nella documentazione di gara di criteri, sub-criteri, punteggi e sub-punteggi (art. 95, co. 6 e 8).

Nelle Linee guida n. 2 dell'ANAC, pertanto, si è precisato che, «*al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di gara di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante (si ricorda che la commissione di gara è di regola composta da soggetti esterni all'amministrazione) è assolutamente necessario che vengano indicati – già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento – i criteri motivazionali a cui deve atternersi la commissione per la valutazione delle offerte*». Effettivamente, ove fosse vero che le commissioni sono composte di regola da soggetti esterni all'amministrazione – mentre il relativo albo non è mai stato reso operativo – ciò costituirebbe un argomento in più a

<sup>22</sup> Art. 12, co. 1, del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487.

<sup>23</sup> Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

<sup>24</sup> Comunicazione della Commissione del 30 gennaio 2008 C(2008)0108.

<sup>25</sup> AVCP, determinazione 8 ottobre 2008, n. 5. Nello stesso senso si veda A. Cianfone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XIV ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 1497.

favore dell'obbligatoria predeterminazione a monte dei criteri motivazionali nella documentazione di gara.

Attualmente, esiste comunque un orientamento giurisprudenziale che ritiene legittima la specificazione da parte della commissione delle modalità applicative dei criteri di valutazione, introducendo i criteri motivazionali, sempre che ciò non avvenga a buste già aperte e che in ogni caso non si modifichino i criteri di valutazione e i fattori di ponderazione fissati nel bando di gara<sup>26</sup>. In particolare, la modificazione non consentita si realizzerebbe qualora la commissione enucleasse veri e propri sub-criteri di valutazione non previsti dalla documentazione di gara o alterasse il peso di quelli già contemplati. Quella tra nuovi sub-criteri vietati e criteri motivazionali (asseritamente) consentiti, tuttavia, è una **distinzione non sempre agevole**<sup>27</sup>.

#### **CASO PRATICO – La decisione della commissione di valorizzare le proposte migliorative è un criterio motivazionale?**

In una gara per l'affidamento di servizi integrati per la gestione delle apparecchiature sanitarie, in cui il disciplinare prevedeva la valutazione di proposte migliorative solo con riferimento a un criterio, la commissione aveva stabilito di valorizzare, invece, le migliori rispetto a tutti i criteri di valutazione. Il TAR ha ritenuto che nel caso di specie, dando rilevanza alle migliori anche laddove la disciplina di gara non le prendeva in considerazione, la commissione avesse introdotto un nuovo parametro di valutazione, alterando quelli previsti dalla disciplina di gara. Così, la commissione aveva trascorso i limiti dell'individuazione di soli criteri motivazionali, in quanto non aveva solo definito un percorso argomentativo, ma aveva piuttosto enucleato un vero e proprio nuovo parametro valutativo, ad integrazione del contenuto di quelli previsti dalla disciplina di gara. Inoltre, l'illegittima integrazione aveva avuto una rilevanza concreta, in quanto i punteggi erano stati assegnati proprio valorizzando il nuovo parametro individuato dalla commissione (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 23 marzo 2021, n. 738).

La seconda questione costituisce in realtà una sfumatura diversa della stessa problematica, ovvero sia la possibilità per la commissione – fermi restando i criteri e i sub-criteri prestabiliti nella documentazione di gara – di **declinare ulteriormente tali criteri e la loro valorizzazione**.

Sul punto, la Corte di giustizia della CE già nel 2005 ha precisato la compatibilità con le direttive in materia di appalti pubblici dell'attribuzione da parte della commissione di un peso relativo ai sub-elementi di un criterio, purché tale decisione:

<sup>26</sup> Ad es. Cons, Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3737, che però conclude nel senso dell'illegittimità dell'operato della commissione nel caso di specie.

<sup>27</sup> «La linea di confine tra criteri motivazionali e sub criteri è molto labile», secondo R. Caponigro, *La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro amm.*, 2008, p. 2639.

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nella documentazione di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzarle;
- non sia adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti<sup>28</sup>.

A tale pronuncia ha fatto seguito una sentenza del 2016 che è molto spesso richiamata dalla giurisprudenza nazionale. In tale occasione, la Corte di giustizia UE ha confermato che l'amministrazione è tenuta a precisare nella documentazione di gara la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri di aggiudicazione e che è possibile per la commissione, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, individuare coefficienti di ponderazione dei sottocriteri corrispondenti sostanzialmente ai criteri precedentemente resi noti agli offerenti, se sono rispettate le tre condizioni di cui sopra. La sentenza ha poi concluso che l'amministrazione, tuttavia, non è tenuta a portare a conoscenza dei potenziali offerenti nel bando di gara il metodo di valutazione da essa applicato al fine di valutare e di classificare concretamente le offerte. Tale metodo, però, non può avere l'effetto di modificare i criteri di valutazione predeterminati e la loro ponderazione relativa<sup>29</sup>.

Nel richiamare la pronuncia della CGUE, oltre che alcuni orientamenti anche risalenti della giurisprudenza nazionale per cui la commissione può autovincolare la discrezionalità attribuita dai criteri di valutazione stabiliti dal bando di gara<sup>30</sup>, si è concluso, ad esempio, che, se è vietato alla commissione alterare il peso dei criteri contemplati dal disciplinare, le è invece consentito effettuare una declinazione dei criteri e dei sub-criteri e della loro valorizzazione, in quanto non si è in presenza di nuovi criteri laddove la commissione preveda **coefficienti di ponderazione** corrispondenti sostanzialmente ai criteri precedentemente resi noti agli offerenti<sup>31</sup>.

Ad esempio, in un caso in cui il disciplinare per la fornitura di alcune apparecchiature sanitarie prevedeva l'assegnazione di 30 punti per l'offerta di alcuni "optional tecnici", è stato ritenuto legittimo che la commissione, nell'elaborare la griglia di valutazione dell'offerta tecnica, suddividesse i 30 punti in 10 + 10 + 5 + 5 punti con riferimento a vari aspetti tecnici dei beni, peraltro considerando solo tre delle caratteristiche minime dal capitolato, il che a sua volta è stato considerato una non irragionevole esplicitazione della discrezionalità della commissione nel valutare il merito tecnico delle offerte<sup>32</sup>.

Con riferimento ad entrambi i profili – l'introduzione di criteri motivazionali e la ulteriore ponderazione dei criteri – va detto che, in effetti, è *difficile immaginare l'esercizio*

<sup>28</sup> CGCE, 24 novembre 2005, C-331/04.

<sup>29</sup> CGUE, 14 luglio 2016, C-6/15.

<sup>30</sup> Fra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2012, n. 5111.

<sup>31</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 23 gennaio 2018, n. 840. Si vedano anche TAR Campania, Napoli, Sez. II, 16 maggio 2019, n. 2604 e TAR Sicilia, Palermo, 14 settembre 2020, n. 1850.

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2021, n. 3381.

di un'attività discrezionale, come quella valutativa della commissione, senza uno spazio anche minimo per l'autovincolo di tale discrezionalità<sup>33</sup>. Però nella materia in questione è anche necessario tenere a mente il quadro normativo e, dunque, se si vuole ritenere che dei margini di intervento per la commissione vi siano, questi devono certamente contenersi all'interno dei limiti sopra descritti.

Quel che è certo è che nessuno spazio residua per l'autovincolo della commissione **dopo l'apertura delle offerte tecniche**<sup>34</sup>. Tale preclusione è un corollario dei principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, co. 2, della Cost., si colloca nel solco dell'art. 12 della L. n. 241/1990 ed è di intuitiva comprensione: la scelta compiuta dalla commissione dopo aver visionato le offerte potrebbe essere volta a favorire o a sfavorire determinati concorrenti.

### 3.3. L'elenco esemplificativo di criteri di cui all'art. 95, co. 6

L'art. 95, co. 6, del Codice dei contratti pubblici individua, sulla scorta dell'art. 67 della direttiva 2014/24/UE, un'ampia gamma di criteri di valutazione delle offerte in base al miglior rapporto qualità/prezzo. La formulazione letterale delle disposizioni ("*possono rientrare*", cui nella direttiva si affianca anche la precisazione "*ad esempio*") indica che gli elenchi hanno carattere esemplificativo e non esaustivo, come confermato da una costante giurisprudenza<sup>35</sup>. L'amministrazione, pertanto, può inserire nei documenti di gara criteri diversi da quelli espressamente menzionati, purché essi siano pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto da aggiudicare.

La natura esemplificativa e non esaustiva dei criteri indicati consente di delineare il rapporto tra la disposizione in esame e la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione dei criteri di valutazione nel senso che essa non comporta una restrizione di quest'ultima, bensì fornisce una sorta di guida nell'esercizio del potere. La norma, in altri termini, non mira a limitare il potere discrezionale della stazione appaltante, bensì a individuare alcuni criteri che, se pertinenti rispetto al contratto da aggiudicare, possono presumersi legittimi. In questa prospettiva, l'elenco esemplificativo si traduce anche in un limite al sindacato giurisdizionale, che non potrebbe estendersi al sindacato sulla opportunità dei criteri già ritenuti adeguati dalla legge, fatta salva ovviamente la verifica della pertinenza e della coerenza degli stessi rispetto al singolo contratto.

#### **CASO PRATICO – Assegnazione di punteggio a certificazioni diverse da quelle previste dall'art. 95, co. 6, lett. a)**

In una gara per l'affidamento della conduzione e la manutenzione edile e impiantistica di alcuni immobili veniva contestata la legittimità del criterio di valutazione

<sup>33</sup> Così in un passaggio molto evocativo Cons. Stato, n. 5111/2012, *cit.*.

<sup>34</sup> Cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 7 febbraio 2019, n. 88.

<sup>35</sup> Cfr. CGUE, 10 maggio 2012, C-368/10, pt. 84; Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1736.

dell'offerta tecnica che assegnava punteggio al possesso di alcune certificazioni relative alla sicurezza informatica, alla responsabilità sociale d'impresa e all'efficienza energetica, in quanto non riguardanti la salute e la sicurezza dei lavoratori, che si sosteneva fosse l'unico ambito in cui fossero valutabili le certificazioni.

Il TAR Lazio ha chiarito che l'elencazione di certificazioni di cui all'art. 95, co. 6, lett. a), ha natura meramente riepilogativa e non esaustiva dei criteri richiesti per valutare e comprovare gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto, come reso palese dalla locuzione «*nell'ambito di tali criteri possono rientrare*». Ciò comporta, secondo la sentenza, che le stazioni appaltanti possono prevedere – ai fini dell'attribuzione di punteggi di qualità per la proposta progettuale – un'adeguata rilevanza di diverse certificazioni o attestati che comprovino sia il «*pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali*» sia le «*caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative*» (TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 17 novembre 2020, n. 12068).

La norma, sotto un altro profilo, fornisce indicazioni utili alle amministrazioni anche in relazione alla individuazione di altri criteri rispetto a quelli espressamente menzionati. La particolare valorizzazione degli aspetti ambientali e sociali, nonché l'attenzione per aspetti che attengono all'intero ciclo di vita del prodotto, del lavoro o del servizio che forma oggetto del contratto appaiono idonee a "guidare" la discrezionalità dell'amministrazione anche in relazione all'individuazione di altri criteri.

#### **LE FONTI – L'elenco di criteri di cui all'art. 95, co. 6, del Codice dei contratti pubblici**

- a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;
- b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;
- c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;

- d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;
- e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;
- f) il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica;
- g) le condizioni di consegna, quali la data, il processo e il termine di consegna o di esecuzione.

Alcuni dei criteri si riferiscono ad elementi "oggettivi" del lavoro, servizio o bene richiesto (in particolare, le lett. *a*), *b*), *c*), *f*) e *g*), altri a profili "organizzativi" dell'impresa offerente (lett. *d*)), altri a qualità squisitamente "soggettive" del personale impiegato (lett. *e*)).

Tra i criteri che si riferiscono ad elementi oggettivi della prestazione sono compresi:

- le caratteristiche estetiche, che possono riguardare contratti di lavori o di forniture. Può, ad esempio, ipotizzarsi, come oggetto di valutazione, l'armonioso inserimento di un'opera pubblica in un dato contesto territoriale;
- il pregio tecnico e le caratteristiche funzionali, che esprimono la qualità oggettiva di un bene in rapporto alle esigenze della stazione appaltante.

Altri criteri oggettivi, riferibili in particolare a contratti di lavori e forniture, attengono alle modalità di esecuzione delle prestazioni o all'attività di assistenza, in senso lato, che segue la consegna. Essi si estendono, come anticipato, all'intero ciclo di vita del prodotto, lavoro o servizio<sup>36</sup>, che perciò assume rilevanza non solo come criterio della comparazione costo/efficacia, ma anche in relazione all'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Ove si dia rilievo alla tempistica dell'esecuzione, i criteri possono collegarsi all'obiettivo, frequentemente invocato, di accelerazione dei "cantieri" e in generale degli appalti pubblici.

Si tratta segnatamente:

- del servizio successivo alla vendita e dell'assistenza tecnica;
- delle condizioni di consegna quali la data, il processo e il termine di consegna o di esecuzione.

Fra i criteri elencati dal sesto comma, ve ne sono anche alcuni di natura soggettiva, riferiti all'operatore concorrente, alla sua organizzazione o al suo personale.

Tra questi rientrano:

- il possesso di certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e di salute dei lavoratori;

<sup>36</sup> Per la nozione di "ciclo di vita" si rinvia al par. 2.2.

- il possesso di un marchio di qualità ecologica;
- l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale.

Sui criteri di natura soggettiva, che richiedono uno specifico approfondimento, ci si soffermerà nel paragrafo successivo. Si può qui anticipare che essi, valorizzando la qualità dell'offerente più che quella dell'offerta, risultano particolarmente adatti ai contratti aventi ad oggetto servizi sociali o ad alta intensità di lavoro, nei quali la componente "umana" assume una rilevanza centrale. In questi casi, infatti, la qualità del personale può avere un'influenza significativa sull'esecuzione del contratto. L'applicabilità di tali criteri presuppone, pertanto, come specificato nella lett. e), che le qualità soggettive siano possedute non genericamente dal personale a disposizione dell'impresa offerente, bensì dalle persone effettivamente impiegate nell'esecuzione dello specifico contratto pubblico.

L'elenco di criteri tende a valorizzare la considerazione degli aspetti ambientali e sociali, assecondando la linea evolutiva che, come si è già sottolineato, ha contrassegnato negli ultimi anni la politica dell'Unione europea nei confronti dei contratti pubblici<sup>37</sup>.

In particolare, gli aspetti ambientali sono presi in considerazione nelle lett. a), b), c) e d) del co. 6. Vengono in rilievo, in particolare, i costi energetici e le risorse ambientali associati non solo all'opera o al prodotto (si pensi, con riferimento specifico ai contratti di lavori pubblici, alla crescente attenzione, in sede nazionale ed europea, al problema del consumo del suolo e delle risorse ecosistemiche)<sup>38</sup>, ma anche ai costi di utilizzazione e manutenzione.

Si tratta di criteri di valorizzazione degli aspetti ambientali, che si affiancano ai c.d. *criteri ambientali minimi*<sup>39</sup>, cui rinvia l'art. 34, co. 2, del Codice, e a quelli che premiano, ai sensi dell'art. 95, co. 13, il minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero<sup>40</sup>.

In particolare, il riferimento alla possibilità di utilizzare, come criterio di valutazione, il marchio di qualità ecologica Ecolabel UE solleva la questione relativa alla possibilità per un partecipante alla gara, che non abbia accesso a tale certificato o non abbia la possibilità di ottenerlo nei termini richiesti dalla gara, di dimostrare che le misure di gestione adottate assicurino lo stesso livello di protezione ambientale delle misure richieste nel quadro della gestione ambientale. Tale possibilità è espressamente garantita, conformemente al principio di equivalenza, per l'ipotesi in cui le misure o i sistemi di gestione ambientale costituiscano requisiti di partecipazione alla gara<sup>41</sup>. Un'interpretazione orientata dal principio di parità di trattamento indurrebbe a ritenere che, anche nell'ipotesi in cui essi rientrino tra i criteri di valutazione dell'offerta, gli operatori economici

<sup>37</sup> Cfr. considerando 91, 92, 93, 97 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.

<sup>38</sup> Si vedano le comunicazioni della Commissione europea, "Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" (20 settembre 2011, COM(2011) 571 def) e "La dimensione urbana delle politiche dell'UE - Elementi fondativi di un'agenda urbana UE" (18 luglio 2014, COM(2014) 490 def).

<sup>39</sup> Cui è dedicato il par. 3.7.

<sup>40</sup> Cfr. par. 3.5.

<sup>41</sup> Art. 87, co. 2, del Codice dei contratti pubblici.

possano dimostrare il rispetto del livello di protezione ambientale assicurato dal marchio Ecolabel. In tal senso è anche l'orientamento della Corte di giustizia<sup>42</sup> e della Commissione europea<sup>43</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza ha precisato che l'impiego di criteri ambientali (ad esempio, il possesso di certificazioni ISO 14001) è legittimo purché le garanzie di corrispondenza del sistema di gestione ambientale ad un determinato standard internazionale non vengano apprezzate, in astratto, come requisito meramente soggettivo del concorrente, ma «costituiscano un elemento di valutazione strettamente correlato all'oggetto dell'appalto e afferente all'offerta tecnica presentata, condizionando l'esecuzione del contratto»<sup>44</sup>.

Un'altra tipologia di criteri concerne, come accennato, gli aspetti sociali dei lavori, servizi o forniture che formano oggetto del contratto. Al momento, l'inserimento di tali aspetti nell'ambito della contrattualistica pubblica è oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni europee. Di recente, la Commissione europea ha aggiornato la propria guida sugli «acquisti sociali», in cui si sottolinea l'importanza di promuovere «appalti socialmente responsabili» sia per i benefici a vantaggio della comunità sia per l'effetto di stimolo verso mercati «socialmente più consapevoli»<sup>45</sup>.

A livello nazionale, nel Codice dei contratti pubblici è possibile rinvenire criteri relativi ad aspetti sociali anche all'art. 95, co. 13, che, dopo una recente modifica, premia anche l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso di certificazione della parità di genere<sup>46</sup>. Tra i criteri "sociali" menzionati nell'art. 95, co. 6, invece, rilevano in particolare:

- la previsione di forme di accessibilità per le persone con disabilità e di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, al di là dei limiti minimi imposti dalla legge<sup>47</sup> (si pensi alla realizzazione di opere pubbliche non solo prive di barriere architettoniche, ma dotate anche di strutture idonee ad agevolare l'accesso di persone con disabilità)<sup>48</sup>;
- le certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e di salute dei lavoratori (anche in tal caso, evidentemente, al di là degli standard minimi richiesti dalla legge);
- le caratteristiche sociali delle prestazioni (tale criterio, per la sua genericità, richiede probabilmente una più precisa determinazione nei documenti di gara, al

<sup>42</sup> Cfr. CGUE, C-368/10, cit., pt. 94-95.

<sup>43</sup> Commissione europea, "Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)" (2021/C 237/01), par. 4.8, sia pure con riferimento a marchi o etichettature che trattano aspetti sociali.

<sup>44</sup> Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916.

<sup>45</sup> Commissione europea, "Acquisti sociali", cit., par. 1.3.

<sup>46</sup> La previsione è stata inserita all'art. 95, co. 13, dall'art. 34, del D.L. 30 aprile 2022, n. 36. Sulla certificazione della parità di genere si tornerà al par. 3.5 e al par. 3.8.

<sup>47</sup> Su cui si veda la recente direttiva 2019/882/UE sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi.

<sup>48</sup> Un altro esempio, tratto dal documento della Commissione europea sugli acquisti sociali (par. 3.1 del documento), riguarda la possibilità di prevedere opzioni di mobilità più flessibili e variegate per fornire una maggiore libertà di trasporto ai cittadini anziani e alle persone con disabilità. Ulteriori ipotesi di criteri di aggiudicazione che fanno leva sugli aspetti sociali dell'appalto sono indicati nel par. 4.7 dello stesso documento.

fine di soddisfare i canoni di oggettività e trasparenza funzionali ad assicurare la parità di trattamento tra tutti gli operatori economici)<sup>49</sup>;

- le condizioni di commercializzazione.

Inoltre, le direttive europee contemplano, nei considerando, ulteriori esempi di criteri di valutazione inerenti ad aspetti sociali, quali la promozione dell'integrazione sociale delle persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili o l'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani<sup>50</sup>. In uno dei criteri menzionati nell'art. 95, co. 6, poi, gli aspetti sociali e ambientali tendono, in qualche misura, a fondersi. Si tratta della riduzione dei costi energetici e ambientali, in vista dell'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione.

### **FOCUS – Esempi di criteri sociali tratti dalla guida sugli "Acquisti sociali" della Commissione europea**

#### *1. Criterio sulla creazione di opportunità di occupazione per lavoratori svantaggiati*

La guida indica come esempio l'assegnazione di fino al 15% dei punti alle offerte in base al numero e alla qualità delle opportunità di occupazione da mettere a disposizione di lavoratori svantaggiati. Tali punti saranno assegnati sulla base di piani specifici presentati per assumere, formare e trattenere i lavoratori svantaggiati.

#### *2. Criterio sui prodotti alimentari certificati come conformi alle condizioni del commercio equo*

La guida indica come esempio l'assegnazione di fino al 10% dei punti alle offerte che integrano uno o più prodotti certificati da *Fairtrade International* o da un marchio equivalente. Ai fini del confronto delle offerte, verranno presi in considerazione il valore e il volume dei prodotti che recano tale certificazione da fornire nel quadro dell'appalto. Se non dispongono di una certificazione relativa al commercio equo per motivi a loro non imputabili, gli offerenti devono fornire una spiegazione in merito<sup>51</sup>.

Il peso dei criteri di aggiudicazione che concernono aspetti sociali o ambientali dipende, almeno in una certa misura, dall'oggetto dell'appalto ed è attribuito dall'amministrazione secondo una valutazione discrezionale e comunque operando un bilanciamento con la necessità che i criteri siano collegati alla prestazione su cui verterà il contratto, con riferimento alla quale il complesso dei criteri deve comunque essere volto ad individuare il miglior contraente fra gli offerenti.

<sup>49</sup> Sul'esigenza di evitare "formulazioni oscure o ambigue" nella determinazione dei criteri, cfr. tra l'altro la premessa delle Linee guida n. 2 dell'ANAC.

<sup>50</sup> Si veda il considerando n. 99 della direttiva 2014/24/UE.

<sup>51</sup> Commissione europea, "Acquisti sociali", cit., par. 4.7.

**CASO PRATICO – Quando un criterio “sociale” può dirsi collegato all’oggetto dell’appalto?**

Nel caso di una gara per la manutenzione edile ed impiantistica di alcuni stabili, in cui il bando di gara prevedeva dei criteri di valutazione volti a premiare la percentuale di lavoratori adibiti all’appalto con contratto pluriennale a copertura della vigenza dell’appalto e la scelta dell’appaltatore di applicare determinati CCNL, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima tale previsione, destinata ad operare come condizione di esecuzione del contratto, ritenendo sussistente una connessione tra i criteri e l’oggetto dell’appalto.

La sentenza sottolinea che, nel caso di specie, i criteri facevano riferimento esclusivamente all’impegno ad applicare un determinato CCNL e ad assumere con contratti a tempo indeterminato i lavoratori da impiegare nell’esecuzione dello specifico appalto, senza riferimenti ad aspetti relativi alla politica generale dell’impresa o comunque ad altri profili, estranei al programma contrattuale (Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053).

La chiave di volta per comprendere il rilievo attribuito a tali criteri, sia nell’elenco esemplificativo di cui al co. 6, che in altre disposizioni, è quella per cui, a ben vedere, quelle ambientali e sociali sono a tutti gli effetti esigenze dell’amministrazione, che, nel perseguimento della sua missione pubblicistica, deve avere fra i propri obiettivi, oltre che la tutela degli interessi pubblici che le sono istituzionalmente affidati, anche aspetti di interesse collettivo di carattere più generale.

Poiché, tuttavia, l’amministrazione procedente potrebbe necessitare di supporto nell’individuazione di tali ulteriori profili, la consultazione con gli *stakeholder*, quali associazioni, organizzazioni di utenti e consumatori o semplici cittadini, può risultare utile al fine di individuare ulteriori criteri volti al soddisfacimento di esigenze della collettività di riferimento<sup>52</sup>.

**FOCUS – La territorialità dei criteri sociali nella Legge della Regione Piemonte**

La Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente illegittima una norma della Regione Piemonte che prevedeva, fino al termine dello stato di emergenza sanitaria, l’introduzione di criteri di valutazione delle offerte che premiassero gli operatori economici che si impegnavano ad utilizzare in misura prevalente manodopera a livello regionale. La sentenza chiarisce che la norma regionale contrasta con l’esigenza di assicurare procedure di evidenza pubblica uniformi su tutto il territorio nazionale, nel rispetto dei principi di libera concorrenza e di non discriminazione. La possibilità di introdurre, anche in via transitoria, criteri premiali di valutazione delle offerte per far fronte alle ineludibili esigenze sorte dall’emergenza sanitaria è

<sup>52</sup> Si veda ancora Commissione europea, “*Acquisti sociali*”, cit., parr. 3.1 e 3.2, dove vengono indicati alcuni esempi di buone pratiche.

invece riservata allo Stato, cui spetta definire il punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza, di sua esclusiva competenza, e la tutela di altri interessi pubblici (Corte costituzionale, sentenza 14 gennaio 2022, n. 4).

### 3.4. I criteri di valutazione di natura soggettiva e l'esperienza del concorrente

Come si è visto, nell'elenco esemplificativo di criteri di valutazione dell'offerta tecnica di cui all'art. 95, co. 6, del Codice sono compresi anche alcuni criteri di natura "soggettiva", che riguardano non tanto elementi delle prestazioni che l'operatore economico si impegna a svolgere, quanto **caratteristiche dell'offerente, della sua organizzazione e/o delle persone impegnate nell'esecuzione** del lavoro, bene o servizio che forma oggetto del contratto pubblico. Si tratta, ad esempio:

- del possesso di certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali la OSHAS 18001 (art. 95, co. 6, lett. a));
- della titolarità di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso (art. 95, co. 5, lett. b));
- dell'organizzazione, delle qualifiche e dell'esperienza del personale dell'operatore offerente, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto (art. 95, co. 6, lett. e)).

Inoltre, come si vedrà nel paragrafo successivo, alcuni dei criteri c.d. *reputazionali* menzionati nell'art. 95, co. 13, del Codice, quali il *rating* di legalità, rientrano parimenti nella categoria dei criteri di natura soggettiva.

Sulla base del nuovo quadro normativo, si è dunque parlato di un superamento, almeno parziale, della tesi della netta distinzione tra requisiti di partecipazione (inerenti agli aspetti soggettivi del concorrente) e criteri di valutazione (riferiti unicamente ai profili oggettivi dell'offerta), che aveva trovato accoglimento nella giurisprudenza dell'Unione europea, seguita da una parte prevalente della giurisprudenza nazionale<sup>53</sup>. Sostanzialmente, si negava che le amministrazioni aggiudicatrici potessero tener conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e della loro attrezzatura, nonché della loro capacità di effettuare l'appalto entro il termine previsto, non a titolo di criteri di selezione, ma come criteri di aggiudicazione, in quanto «*sono esclusi come 'criteri di aggiudicazione' criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad*

<sup>53</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; Id., 3 ottobre 2012, n. 5197; Id., 16 febbraio 2009, n. 837; di segno contrario Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770, che già suggeriva di non enfatizzare «*il rischio di commistione tra profili soggettivi ed oggettivi. Tenerli distinti, cioè, non significa ignorare che, trattandosi di organizzazioni aziendali, determinate caratteristiche dell'impresa - tanto più quando specifiche rispetto all'oggetto dell'appalto - possano proiettarsi sulla consistenza dell'offerta*».

*eseguire l'appalto di cui trattasi*<sup>54</sup>. Sostanzialmente, si riteneva che, ove un elemento rilevasse più con riferimento all'idoneità astratta di un concorrente ad eseguire la prestazione, che non nel descriverne l'offerta, fosse preferibile collocarlo fra i requisiti di partecipazione e non fra i criteri di valutazione. Tale orientamento restrittivo, come si è accennato, risulta sorpassato dal nuovo panorama normativo, europeo e nazionale, che ammette criteri di valutazione riferiti non solo alle caratteristiche oggettive dell'offerta, ma anche alla natura, alle qualità o all'organizzazione del soggetto offerente<sup>55</sup>. Si tende oggi, dunque, a ritenere consentito alle stazioni appaltanti di valutare caratteristiche soggettive del concorrente concernenti la sua specifica attitudine, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare l'attività oggetto di gara. Le esperienze del concorrente, in tale ottica, rilevano non come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta<sup>56</sup>.

Anche l'ANAC, nelle più volte richiamate Linee guida n. 2, ha ritenuto in linea di principio «definitivamente superata» la rigida separazione tra requisiti e criteri<sup>57</sup>, essendo possibile valutare profili di carattere soggettivo «qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli». L'ANAC precisa, tuttavia, che i criteri soggettivi devono comunque riguardare aspetti, come si ritiene siano quelli indicati nell'elenco esemplificativo dell'art. 95, co. 6, che incidano direttamente sulla qualità della prestazione.

Nulla vieta, inoltre, che un elemento il cui possesso sia già stato richiesto come requisito di partecipazione alla procedura, venga poi valorizzato anche come criterio di valutazione, ove in concreto si presti a tale utilizzo. Naturalmente, in questo caso la valutazione dell'offerta deve riguardare, di regola, **solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione** alla gara, per evitare di appiattire i criteri su elementi che già si sa essere necessariamente posseduti da tutti gli offerenti (perché altrimenti non avrebbero potuto partecipare alla gara). È necessario, per usare le parole del Codice, che la formulazione dei criteri assicuri un «confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici», conformemente a quanto richiesto dalla normativa europea e nazionale<sup>58</sup>.

La ragione del superamento, per via normativa, del precedente indirizzo giurisprudenziale sembra potersi rinvenire nella peculiarità di alcuni servizi, nei quali la componente umana, relazionale o organizzativa assume un rilievo primario e rispetto ai quali pertanto non è possibile scindere rigidamente la qualità oggettiva della prestazione dalla qualità soggettiva delle persone che la svolgono o dall'organizzazione dell'impresa. In altri termini, vi sono casi in cui i profili oggettivo e soggettivo della prestazione sono talmente intrecciati

<sup>54</sup> Cfr. CGUE, 24 gennaio 2008, C-532/06, pt. 26 ss.

<sup>55</sup> In giurisprudenza v., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. III, 12 luglio 2018, n. 4283.

<sup>56</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186.

<sup>57</sup> La posizione è stata condivisa in sede consultiva da Cons. Stato, Comm. Spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767.

<sup>58</sup> V. art. 95, co. 1 e co. 10-bis del Codice; art. 67, par. 4, della direttiva 2014/24/UE. In giurisprudenza, v. CGUE, 20 settembre 2018, C-546/16, Montte SL c. Musikene, punto 31.

ciati da non potersi relegare il secondo alla sola definizione dei requisiti di partecipazione, rendendo invece utile utilizzarlo come parametro di valutazione dell'offerta tecnica (e del suo valore economico) e, perciò, come criterio di comparazione tra le offerte.

Casi emblematici di tale tipologia di appalti sono quelli di servizi sociali<sup>59</sup>, quelli propri delle professioni riconosciute o comunque "intellettuali" (ad esempio legali, di ingegneria o di architettura), oppure delle prestazioni ad alta intensità di manodopera o di specializzazione della stessa (ad esempio la manutenzione meccanica<sup>60</sup>, l'assistenza e manutenzione di sistemi informatici<sup>61</sup>, la grafica editoriale<sup>62</sup>, la conduzione e la manutenzione edile e impiantistica<sup>63</sup>, la vigilanza<sup>64</sup>).

L'utilizzo di criteri di natura soggettiva e, specialmente, di quelli riferiti all'esperienza del concorrente dovrebbe, perciò, ritenersi consentito ogniqualvolta essi siano in grado di «illuminare la qualità dell'offerta», per richiamare un'icastica espressione impiegata dalla giurisprudenza<sup>65</sup>.

Rimangono, però, ancora **alcuni aspetti controversi** nell'utilizzo di tali criteri.

Innanzitutto, è dibattuto se i criteri di aggiudicazione di natura soggettiva possano essere utilizzati esclusivamente con riferimento a contratti pubblici di servizi o anche con riferimento a lavori e forniture. Infatti, se il dato letterale, sia delle direttive europee che del Codice dei contratti pubblici, non prevede preclusioni legate alla **tipologia del contratto** da affidare, la giurisprudenza sul punto risulta ancora divisa.

Un orientamento più restrittivo limita l'impiego dei criteri soggettivi ai contratti di servizi, ritenendo che solo per essi possa ravvisarsi un collegamento tra le qualità e caratteristiche dell'impresa o del suo personale e l'oggetto del contratto<sup>66</sup>.

Secondo un altro orientamento, che sembra farsi maggiormente strada negli ultimi anni, sarebbe da privilegiare un'interpretazione estensiva che, almeno in linea di principio, non escluda in assoluto l'applicabilità di criteri di natura soggettiva per i contratti di lavori pubblici<sup>67</sup>. Soprattutto a fronte di lavorazioni non caratterizzate da un altissimo contenuto tecnico e da una certa ripetitività, si è ritenuta non irragionevole la scelta della stazione appaltante di adoperare criteri volti a valutare la struttura dell'impresa e l'organizzazione del personale, visto che, in effetti, lo svolgimento dei lavori richiedeva più che altro un'adeguata organizzazione delle lavorazioni, il che giustifica la valorizzazione di tale aspetto fra i criteri di valutazione<sup>68</sup>.

<sup>59</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1736, in cui si afferma che «l'esperienza professionale nei servizi di assistenza alla persona [viene] ad incidere in maniera diretta sulla qualità della prestazione».

<sup>60</sup> Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5808; TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 19 marzo 2018, n. 80.

<sup>61</sup> Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970.

<sup>62</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 16 novembre 2020, n. 11983.

<sup>63</sup> TAR Lazio, Sez. II-bis, 17 novembre 2020, n. 12068.

<sup>64</sup> Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534.

<sup>65</sup> La prima formulazione si trova in Cons. Stato, n. 2770/2008, cit..

<sup>66</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279.

<sup>67</sup> Cons. Stato, Sez. V, 24 giugno 2020, n. 611.

<sup>68</sup> Ad es. Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026, in cui la gara comprendeva lavori di manutenzione su fabbricati ferroviari e impianti di riscaldamento. Si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916.

In linea con il più recente orientamento della giurisprudenza sembra essere la posizione dell'ANAC, che non esclude in assoluto la compatibilità tra criteri di natura soggettiva e appalti di lavori, anche se nella maggior parte dei casi non viene poi ravvisato in concreto un adeguato collegamento tra tali criteri e l'oggetto del contratto o l'idoneità dei primi a determinare un livello qualitativo migliore dell'offerta<sup>69</sup>. Vi sono poi casi in cui criteri di natura soggettiva, riferiti all'organizzazione dell'impresa offerente, sono stati ritenuti ammissibili anche con riferimento ad appalti di forniture di beni.

#### **CASO PRATICO – Certificazioni CAM dell'impresa in un appalto di forniture**

In una gara indetta per la fornitura di letti da degenza, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimi alcuni sub-criteri valutativi che riguardavano la certificazione del rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) da parte dell'impresa offerente.

Il Consiglio di Stato ha affermato che non si potesse negare la legittimità di criteri di valutazione volti a premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto, specialmente se tali criteri non siano preponderanti nella determinazione complessiva del punteggio tecnico (Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635; fermo restando l'interesse della sentenza, si rammenta che l'orientamento non è consolidato).

Sotto il profilo del peso attribuito ai criteri di natura soggettiva, nelle menzionate Linee guida n. 2, l'ANAC ha sottolineato che questo dovrebbe essere secondario (non più di dieci punti su cento) nell'economia complessiva della valutazione dell'offerta<sup>70</sup>. Si tratta, peraltro, di un'indicazione di carattere generale, anche talora condivisa dalla giurisprudenza<sup>71</sup>, ma dalla quale le stazioni appaltanti possono eventualmente discostarsi, preferibilmente motivando alla luce delle specificità del servizio da affidare.

#### **CASO PRATICO – Illegittimità di criteri di valutazione dell'offerta interamente di natura soggettiva**

In una procedura di gara avente ad oggetto servizi di progettazione esecutiva, coordinamento, comunicazione e marketing per la realizzazione di un polo di valorizzazione ambientale, è stata ritenuta illegittima la scelta della stazione appaltante di far dipendere la valutazione delle offerte tecniche interamente dall'applicazione di criteri di tipo puramente soggettivo-curriculare, in quanto diretti a desumere

<sup>69</sup> Si vedano ANAC, delibera 17 luglio 2019, n. 679, su lavori di realizzazione di un collettore fognario; ANAC, delibera 12 dicembre 2018, n. 1142, con riferimento a lavori di nuova costruzione di edifici e alloggi; ANAC, delibera 23 maggio 2018, n. 472, su lavori di restauro conservativo del patrimonio storico, culturale e naturale.

<sup>70</sup> Linee guida n. 2, par. III.

<sup>71</sup> Cfr. TAR Liguria, Sez. I, 3 settembre 2020, n. 603; Cons. Stato, n. 6026/2018, *cit.*

l'attitudine dell'impresa concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara esclusivamente da analoghe esperienze pregresse di progettazione. Ad avviso del TAR, il divieto, pur "attenuato", di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente non consente che le proposte progettuali presentate dai concorrenti siano valutate in via non solo prevalente, ma addirittura esclusiva, sulla base dell'esperienza pregressa (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 654).

Altri profili problematici riguardano aspetti applicativi dei criteri, ad esempio la difficile valutazione della "qualità" del personale impegnato nell'esecuzione di un contratto. Come si è visto, in base all'art. 95, co. 1, del Codice dei contratti pubblici e all'orientamento consolidato della giurisprudenza i criteri di aggiudicazione non possono attribuire all'amministrazione una "incondizionata libertà di scelta"<sup>72</sup>. Si pone, perciò, l'esigenza di ancorare tale valutazione, pur riferita ad elementi di natura soggettiva, a dati, qualifiche e titoli il più possibile oggettivi (quali l'attestazione del possesso di titoli di studio, della frequenza di corsi professionali certificati o riconosciuti, dei periodi di esperienza nello svolgimento di attività analoghe a quelle oggetto dell'affidamento ecc.)<sup>73</sup>.

#### **CASO PRATICO - Valutazione dei titoli di laurea e attribuzione di un punteggio superiore ad un indirizzo specialistico**

In una gara indetta da una scuola per l'affidamento dell'incarico professionale di Responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP), il bando prevedeva per il possesso della «laurea specialistica in ingegneria» il riconoscimento di 30 punti, mentre per un'«altra laurea specialistica o quinquennale» solo 10. Il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo tale criterio di valutazione, in quanto l'amministrazione può apprezzare in termini differenti i titoli di studio e di formazione professionale dei concorrenti, attribuendo agli stessi, di conseguenza, punteggi diversificati. Con specifico riferimento all'incarico di RSPP, la stazione appaltante può ritenere di premiare il valore aggiunto che la laurea specialistica in ingegneria apporta sotto il profilo della formazione e delle competenze del singolo candidato (TAR Piemonte, Sez. II, 16 febbraio 2021, n. 154).

Con riferimento ai criteri di aggiudicazione che valorizzano l'**esperienza dei concorrenti**, bisogna poi considerare il potenziale **effetto limitativo della concorrenza**, visto che, a seconda di come sono formulati e ponderati, potrebbero costituire una barriera all'ingresso di nuovi operatori<sup>74</sup>, privilegiando le imprese più risalenti e strutturate, con

<sup>72</sup> V. CGUE, 27 settembre 2002, C-513/99, pt. 61 e ss.; CGUE, 18 ottobre 2001, C-18/00, pt. 37.

<sup>73</sup> Cfr. TAR Toscana, Sez. II, 30 giugno 2021, n. 1005. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello avverso la sentenza.

<sup>74</sup> Cons. Stato, n. 837/2009, cit..

pregiudizio per le PMI e le imprese di più recente costituzione<sup>75</sup>. Si tratta di una preoccupazione meritevole di attenzione, ma che non sembra precludere in assoluto l'impiego di tali criteri, bensì stimolare l'amministrazione ad una ragionevole ponderazione dei criteri e dei sub-criteri di valutazione dell'offerta, evitando che l'esperienza costituisca l'unico o il principale parametro di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>76</sup>. In questa prospettiva, in riferimento alla progettazione e alla realizzazione di servizi e azioni per la prevenzione e il contrasto della violenza nei confronti delle donne, si è ritenuta illegittima la previsione di criteri esperienziali che attribuivano quasi un terzo del punteggio totale disponibile<sup>77</sup>.

In proposito, si deve tuttavia osservare che una parte della giurisprudenza – soprattutto più risalente – giunge a negare che il criterio esperienziale possa essere riferito all'impresa, piuttosto che a «*singoli dipendenti*» o al «*team di lavoro*»<sup>78</sup>. Tale soluzione sarebbe, oltre che rispondente alla lettera dell'art. 95, co. 6, lett. e) (che, tuttavia, come si è precisato, è da intendersi come criterio esemplificativo e non tassativo), quella più idonea ad assicurare «*l'equilibrio tra le esigenze di garanzia di qualità ed efficienza proprie della stazione appaltante con quelle di protezione della concorrenza ed in particolare delle capacità competitive delle piccole e medie imprese*»<sup>79</sup>.

Anche quando si ammette in linea di principio l'impiego di criteri esperienziali riferiti all'impresa, la giurisprudenza richiede una rigorosa dimostrazione del collegamento tra determinate qualificazioni e il livello di qualità dell'esecuzione del contratto o, meglio, delle prestazioni che ne formano oggetto<sup>80</sup>.

In questa prospettiva, non sarebbe possibile presumere dalla precedente esperienza in servizi analoghi un miglior livello qualitativo dell'offerta, dovendosi invece chiarire in che modo tale esperienza presenti un «*aggancio specifico all'appalto oggetto di aggiudicazione, quanto meno in termini di caratteristiche migliorative dell'offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione che si intendeva fornire nell'esecuzione*» del contratto<sup>81</sup>. Inoltre, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, l'amministrazione non dovrebbe tener conto del mero dato quantitativo dello svolgimento di servizi analoghi, bensì effettuare anche un giudizio qualitativo sulla tipologia delle commesse realizzate<sup>82</sup>. In questa prospettiva, l'ANAC ha ritenuto illegittimo un criterio premiante di valutazione dell'offerta connesso al

<sup>75</sup> In proposito v. TAR Veneto, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 174.

<sup>76</sup> Ad esempio, Cons. Stato, n. 279/2018, *cit.*, con riferimento a una concessione per la gestione di impianti sportivi ha affermato che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa impone di attribuire, anche nel punteggio, un significativo rilievo al progetto e che, pertanto, deve essere garantita una corretta proporzione nell'attribuzione del punteggio all'esperienza pregressa e agli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

<sup>77</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 3 aprile 2020, n. 593

<sup>78</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191.

<sup>79</sup> Cons. Stato, n. 3970/2016, *cit.*.

<sup>80</sup> Si veda Cons. Stato, n. 611/2020, *cit.*, che ha ritenuto illegittimo il sub-criterio di valutazione riferito all'esperienza nella realizzazione di campi di calcio omologati in relazione a una procedura di affidamento dei lavori di rifunzionalizzazione di impianti sportivi.

<sup>81</sup> Così TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 356.

<sup>82</sup> TAR Veneto, Sez. III, 3 giugno 2020, n. 492.

fatturato, in quanto non attinente né all'organizzazione dell'operatore economico né alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto<sup>83</sup>.

Connesso al tema ora esaminato è quello dell'impiego, tra i criteri di valutazione, delle c.d. *clausole territoriali*, che attribuiscono un certo punteggio allo svolgimento, negli anni precedenti, di servizi analoghi in un determinato contesto territoriale. Tali clausole appaiono non poco problematiche rispetto ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento, in quanto sommano al criterio esperienziale (già, come si è visto, non privo di criticità) una valutazione del dato territoriale, potenzialmente idoneo a svantaggiare operatori provenienti non solo da Stati, ma anche da Regioni o perfino di Province diverse, a seconda del parametro utilizzato. In generale, la giurisprudenza tende a giudicare in modo molto rigoroso la legittimità delle clausole territoriali, ad esempio escludendone l'impiego come requisiti di partecipazione, al fine di evitare o di attenuare gli effetti anticoncorrenziali che da esse possono derivare<sup>84</sup>.

Un giudizio sulla legittimità delle clausole territoriali, come criteri di valutazione dell'offerta riferiti al precedente svolgimento di lavori o servizi in un dato territorio, non sembra poter prescindere:

- 1) dalle caratteristiche delle prestazioni che sono oggetto del contratto e dal collegamento tra la qualità delle stesse e il radicamento dell'operatore in un dato contesto territoriale;
- 2) dall'ampiezza del territorio preso in considerazione e la cui individuazione dovrebbe avvenire secondo canoni di ragionevolezza e di proporzionalità;
- 3) dal peso del criterio o sub-criterio in questione rispetto al punteggio complessivo.

Ad esempio, il giudice amministrativo, con riferimento ad una gara per l'affidamento di servizi di accoglienza integrata, ha ritenuto legittimo l'impiego di una clausola territoriale che contemplava l'attribuzione al massimo di dieci punti per lo svolgimento di servizi analoghi nella Provincia di riferimento<sup>85</sup>, ma non, in un'altra gara con oggetto simile, al radicamento territoriale in tutto il territorio regionale<sup>86</sup>.

Anche l'utilizzo di criteri che afferiscono alle qualità o all'esperienza del personale, che impone che tendenzialmente questo ultimo sia **effettivamente impiegato nell'esecuzione** dello specifico contratto pubblico, pone diversi problemi interpretativi, da risolvere anche facendo riferimento alla documentazione della singola gara. Vi sono casi in cui la giurisprudenza amministrativa<sup>87</sup> ha ritenuto che i concorrenti, in sede di presentazione dell'offerta, fossero tenuti non a fornire un elenco nominativo delle persone utilizzate, ma solo ad allegare i relativi *curricula* per la valutazione, indicando i nominativi al momento della sottoscrizione del contratto. Ciò in quanto, in tali casi, la qualifica del personale costituirebbe un requisito di esecuzione del contratto. Ovviamente, si tratta di

<sup>83</sup> ANAC, delibera 17 marzo 2020, n. 261.

<sup>84</sup> Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 605; TAR Aosta, 17 settembre 2018, n. 44.

<sup>85</sup> TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 5 marzo 2021, n. 472.

<sup>86</sup> TAR Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2021, n. 901.

<sup>87</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 5808/2019, *cit.*, e TAR Lazio, n. 12068/2020, *cit.*

una verifica da effettuare caso per caso: in molti casi l'elenco nominativo viene espressamente richiesto, magari contestualmente alla circostanza che, per conseguire il relativo punteggio, il personale sia già dipendente del concorrente o, comunque, collabori con esso. Anche sulla natura del legame tra il soggetto il cui *curriculum* viene presentato e il concorrente è necessario prestare molta attenzione alla lettera del disciplinare di gara, per verificare se si richiede un contratto di lavoro dipendente o sono sufficienti altre forme di collaborazione e se vi sono espressi riferimenti alla durata del rapporto. Al contempo, le stazioni appaltanti dovrebbero attentamente **evitare l'utilizzo di formule ambigue** e chiarire esattamente se richiedono personale già in forze presso il concorrente, da quanto e con quale tipologia di rapporto lavorativo.

Si pone poi il problema di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui le persone indicate dall'impresa in sede di offerta debbano essere sostituite. I bandi di gara solitamente impongono all'offerente di garantire la disponibilità del personale impiegato per tutta la durata del contratto. Possono tuttavia verificarsi situazioni, indipendenti dalla volontà dell'impresa aggiudicataria, che impongono la sostituzione delle persone indicate. Si pensi ad eventi che colpiscano queste ultime impedendone la prestazione lavorativa (ad esempio per infortunio, malattia, morte ecc.) o ad ipotesi di recesso da parte del lavoratore.

Sul punto, il considerando n. 94 della direttiva n. 2014/24/UE prevede che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero garantire, con idonei strumenti contrattuali, che il personale addetto all'esecuzione dell'appalto le cui qualità sono state oggetto di valutazione soddisfi effettivamente le norme specifiche di qualità e che possa essere sostituito solo con il loro consenso. La stazione appaltante, pertanto, ha il potere-dovere di verificare che il personale sostitutivo sia di livello qualitativo equivalente, onde evitare che i risultati della gara risultino falsati al momento dell'esecuzione del contratto.

Si tratta, però, di profili che non possono rilevare in fase di gara – ferma restando la veridicità dell'offerta e la sua compatibilità con quanto richiesto dalla stazione appaltante – attenendo piuttosto alla fase di esecuzione del contratto<sup>88</sup>.

### 3.5. Il *rating* di legalità e gli altri criteri premiali di cui all'art. 95, co. 13

L'art. 95, co. 13, del Codice dei contratti pubblici individua una serie di criteri premiali, ossia attributivi di un maggior punteggio, che le amministrazioni possono inserire nel bando di gara e utilizzare nell'ambito della valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo. Si tratta, segnatamente, del *rating* di legalità, del *rating* d'impresa, della valutazione dell'impatto generato di cui all'art. 1, co. 382, lett. b), della L. 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società *benefit*<sup>89</sup>, nonché di ulteriori criteri diretti ad agevolare la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento

<sup>88</sup> Si veda TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 5 novembre 2019, n. 12672.

<sup>89</sup> Su cui si tornerà a breve.

di contratti pubblici. Infine, come già accennato<sup>90</sup>, sono previsti criteri premiali in relazione all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero.

Da ultimo, nel 2022, è stata inoltre inserita tra gli elementi in relazione ai quali è possibile prevedere criteri premiali anche l'adozione da parte dell'operatore di politiche tese al raggiungimento della parità di genere<sup>91</sup>, comprovata dal possesso di certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna<sup>92</sup>. L'utilizzo di tali criteri è espressamente subordinato dal Codice al rispetto del diritto dell'Unione europea e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità. Si tratta di una precisazione che, a prima vista, non appare di particolare utilità, considerando che l'intera disciplina degli appalti pubblici deve conformarsi al diritto dell'UE e ai principi sopra citati, che si pongono come principi generali dell'intero regime della contrattualistica pubblica<sup>93</sup>. Il richiamo, apparentemente superfluo, sembra però destinato a sollecitare in modo particolare l'attenzione delle amministrazioni ad una cauta e prudente applicazione dei criteri in questione, proprio in ragione dei profili di tensione che vi sono nel rapporto di alcuni di essi con il diritto dell'Unione europea e i principi menzionati, oltre che dei rischi di distorsione della concorrenza, segnalati anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>94</sup>. Su tali profili occorre pertanto soffermare l'attenzione, al fine di delimitare, per quanto possibile, i presupposti e le condizioni di applicabilità di questa tipologia di criteri.

Il **rating di legalità** come criterio premiale rientra fra i criteri di natura soggettiva, in quanto riferito all'organizzazione dell'impresa concorrente e non a caratteristiche "oggettive" dell'offerta e solleva significative questioni in relazione ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra gli operatori economici. Il *rating* di legalità non nasce nell'ambito della disciplina sugli appalti pubblici, ma costituisce un indicatore sintetico del rispetto di elevati standard di legalità<sup>95</sup>, definiti nel regolamento attuativo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 12 novembre 2012 e poi più volte aggiornato<sup>96</sup>.

Può richiedere il *rating* l'impresa che soddisfi cumulativamente i seguenti requisiti:

- la sede operativa nel territorio nazionale;
- un fatturato minimo di due milioni di euro, imputabile all'ultimo esercizio chiuso nell'anno che precede la richiesta di rilascio del *rating*, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza e risultante dal bilancio di esercizio, regolarmente approvato dal competente organo aziendale e pubblicato ai sensi di legge;

<sup>90</sup> Par. 3.3.

<sup>91</sup> L'art. 95, co. 13, è stato modificato dall'art. 34 del D.L. 30 aprile 2022, n. 36 (*"Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza"*).

<sup>92</sup> D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198. L'art. 46-*bis* è anch'esso una novità introdotta dalla L. 5 novembre 2021, n. 162.

<sup>93</sup> Cfr. art. 4 del Codice.

<sup>94</sup> Cons. Stato, Comm. Spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, par. 2.4.

<sup>95</sup> Previsto dall'art. 5-*ter*, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>96</sup> Da ultimo con delibera n. 28361 del 28 luglio 2020.

- l'iscrizione da almeno due anni, alla data della richiesta di *rating*, nel registro delle imprese o nel Repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA).

Il regolamento individua i requisiti minimi per il rilascio del *rating*, il cui rispetto dà diritto all'attribuzione di un punteggio pari a ★ (una "stelletta")<sup>97</sup>. Sono, poi, individuate alcune condizioni<sup>98</sup> la cui osservanza dà luogo all'attribuzione di un punteggio maggiore<sup>99</sup>, fino ad un massimo di ★★★ (tre "stellette").

La previsione legislativa che ha introdotto il *rating* di legalità nell'ordinamento stabilisce che di esso debba tenersi conto in relazione alla concessione di finanziamenti pubblici e all'accesso al credito bancario<sup>100</sup>. Il Codice dei contratti pubblici ne ha poi esteso il raggio di azione, nei termini e limiti che si vedranno, alla materia degli appalti pubblici. In tale contesto, il *rating* di legalità, oltre a determinare una riduzione pari al 30 per cento della garanzia provvisoria nei contratti di servizi e forniture<sup>101</sup>, costituisce appunto un possibile criterio premiale c.d. *tabellare*<sup>102</sup>, in quanto il maggior punteggio è attribuito sulla base della presenza o dell'assenza di una data qualità o della sua entità (ad esempio, un punto per ogni ★)<sup>103</sup>.

Come per gli altri criteri suggeriti dall'art. 95, l'impiego a tal fine del *rating* di legalità è rimesso alla discrezionalità delle stazioni appaltanti e non costituisce un obbligo di legge<sup>104</sup>. Anche l'individuazione dei punti da attribuire a ciascuna stelletta è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, sicché il sindacato giurisdizionale può riguardare solo i profili di irragionevolezza, illogicità, sproporzione dei punteggi attribuiti.

### CASO PRATICO – L'individuazione dei punti da attribuire a ciascuna stelletta del *rating* di legalità

In una gara avente ad oggetto l'affidamento di un servizio di refezione scolastica, l'impresa classificata seconda in graduatoria ha contestato, con riferimento alla valutazione del *rating* di legalità, la seguente distribuzione del punteggio: «i) 0 punti per chi non in possesso del *rating*; ii) 1 punto per chi in possesso di *rating* di legalità 1 stella; iii) 2 punti per chi in possesso di *rating* di legalità 2 stelle; iv) 4 punti per chi in possesso di *rating* di legalità 3 stelle».

<sup>97</sup> Tra i requisiti, indicati nell'art. 2, co. 2 e 3 del regolamento, vi sono, ad esempio, la mancata condanna del titolare dell'impresa, degli amministratori, del direttore tecnico o dei procuratori dotati di poteri decisionali e gestionale, per una serie di reati contro la pubblica amministrazione o contro l'economia pubblica o contro il patrimonio.

<sup>98</sup> L'elenco è contenuto nell'art. 3 del regolamento.

<sup>99</sup> Sempre a titolo esemplificativo, può trattarsi dell'adesione ai protocolli o alle intese di legalità finalizzati a prevenire e contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia legale, sottoscritti dal Ministero dell'Interno o dalle Prefetture-UTG con associazioni imprenditoriali e di categoria; dell'utilizzo di sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per somme di importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge.

<sup>100</sup> Il regolamento attuativo di cui al D.M. MEF-MISE 20 febbraio 2014, n. 57 individua le modalità in base alle quali si tiene conto del *rating* di legalità ai fini della concessione di finanziamenti alle imprese.

<sup>101</sup> Art. 93, co. 7, del Codice.

<sup>102</sup> Sui criteri c.d. *tabellari* ci si soffermerà a breve (par. 3.6).

<sup>103</sup> Cfr. ANAC, Linee guida n. 2, par. II.

<sup>104</sup> Sul punto si veda TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 30 maggio 2019, n. 2945.

In particolare, la ricorrente lamentava che non fosse attribuito un punteggio maggiore agli operatori in possesso del *rating* "2 stelle +".

Il giudice amministrativo ha rigettato tale motivo, affermando che la determinazione dei criteri e dei relativi parametri di valutazione costituisce espressione della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, con conseguente operatività dei relativi limiti del sindacato giurisdizionale.

Nel caso di specie, si è ritenuta legittima la graduazione operata dall'amministrazione, tenuto conto dei rigorosi requisiti prescritti per il riconoscimento del *rating* massimo, al quale si correla una maggiore affidabilità del concorrente, che consente di escludere una qualsivoglia incidenza invalidante alla scelta dell'amministrazione di non valorizzare i segni intermedi "+" (TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 31 marzo 2021, n. 3898).

L'inserimento del *rating* di legalità tra i criteri premiali si ricollega alla politica di lotta alla corruzione e all'infiltrazione della criminalità - e delle imprese che ad essa sono in vario modo collegate - nel mercato dei contratti pubblici. Come sottolineato dalla giurisprudenza<sup>105</sup>, si intende promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, incentivando le imprese che si distinguono nel rispetto della legge e nel perseguimento di obiettivi di legalità e di trasparenza e favorendo una sana e corretta competizione concorrenziale.

La finalità perseguita è indubbiamente meritoria, tuttavia, l'applicazione del *rating* di legalità come criterio di valutazione dell'offerta deve fare i conti con i principi generali della normativa sui contratti pubblici e, specialmente, con i principi di parità di trattamento e proporzionalità.

Viene in rilievo, in primo luogo, la circostanza che al *rating* in esame possano accedere solo le imprese che soddisfano tutti e tre i requisiti di cui sopra.

La richiesta di una sede operativa nel territorio nazionale e dell'iscrizione al registro delle imprese o al REA da almeno due anni potrebbero risultare discriminatori, nella misura in cui impediscano ad imprese straniere (che abbiano la propria sede operativa all'estero e/o non siano iscritte ai registri italiani) di beneficiare, in sede di gara, del maggior punteggio associato alla valutazione del *rating* di legalità. Il requisito del fatturato minimo tende, sotto un altro profilo, a privilegiare le imprese di maggiori dimensioni, ponendosi non solo in tensione con il principio di parità di trattamento, ma anche in contraddizione con il *favor* per le piccole e medie imprese che attraversa la disciplina europea e nazionale dei contratti pubblici.

Come possibili soluzioni per ricondurre entro i confini di coerenza normativa l'utilizzo del *rating* di legalità come criterio di valutazione, l'ANAC ha ipotizzato:

- 1) di limitarne l'applicazione alle gare a cui possono partecipare solo imprese dotate dei requisiti per accedere al *rating*;

- 2) di consentire alle imprese non in possesso di tali requisiti di dimostrare in altro modo la sussistenza delle condizioni o l'impiego delle misure previste per l'attribuzione del *rating* (c.d. *misure compensative*)<sup>106</sup>.

Il Consiglio di Stato, nel proprio parere sulle Linee guida n. 2, aveva suggerito, inoltre, di definire un peso massimo per questo come per gli altri criteri di premialità<sup>107</sup>.

La prima soluzione proposta dall'ANAC risulta potenzialmente idonea sotto il profilo del requisito del fatturato minimo: le stazioni appaltanti potrebbero limitare l'utilizzo del *rating* alle sole ipotesi in cui i requisiti di capacità economica per la partecipazione alla gara fissino una soglia di fatturato minima superiore a quella richiesta per accedere al *rating* (2 milioni di euro)<sup>108</sup>. Si tratterebbe, però, di un limite non previsto dalla legge e che, comunque, risulta meno efficace con riferimento alle problematiche relative agli altri due requisiti, potendosi difficilmente ipotizzare gare che escludono imprese che non hanno sede sul territorio nazionale e non sono iscritte al registro delle imprese perché straniere.

La seconda soluzione, che prevede l'adozione di misure compensative in favore delle imprese che non possiedono i requisiti per accedere al *rating* di legalità, appare più in linea con il principio di parità di trattamento, costituendo un'applicazione del principio di equivalenza, normalmente applicabile ai requisiti di partecipazione e alle specifiche tecniche, nonché all'individuazione dei criteri di valutazione. In tale prospettiva, come si è già visto<sup>109</sup>, l'orientamento della giurisprudenza dell'UE e della Commissione europea è nel senso, ogniqualvolta i documenti di gara utilizzino determinati marchi o certificazioni come criteri di valutazione, di ammettere marchi equivalenti o di consentire ai concorrenti di fornire altre forme adeguate di prova<sup>110</sup>.

Su tale linea si colloca anche la giurisprudenza nazionale, che ha considerato la mancata adozione di misure compensative come motivo di illegittimità della previsione di un maggior punteggio collegato al *rating* di legalità<sup>111</sup>, mentre la ha ritenuta legittima laddove il medesimo punteggio era attribuito al possesso di altre certificazioni "*etiche*", accessibili anche dalle piccole e medie imprese<sup>112</sup>. Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, se gli oneri connessi alla verifica in capo all'impresa di requisiti, condizioni e misure analoghe a quelle richieste per conseguire il *rating* di legalità non possano essere tali da determinare un carico gravoso per la stazione appaltante e un rallentamento della procedura ad evidenza pubblica.

<sup>106</sup> ANAC, Linee guida n. 2, par. II.

<sup>107</sup> Cons. Stato, Comm. Spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, par. 2.4, ove si evidenzia anche la preoccupazione che al *rating* di legalità «*imprese, pur sane e trasparenti, non possono accedere per ragioni oggettive*».

<sup>108</sup> L'ANAC ha ribadito tale soluzione anche nelle delibere 16 ottobre 2019, n. 936 e 21 febbraio 2018, n. 176.

<sup>109</sup> Nel par. 3.3.

<sup>110</sup> Ad esempio, Commissione europea, Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici, seconda edizione, (2021/C 237/01), par. 4.8 e, in giurisprudenza, CGUE, 10 maggio 2012, C-368/10, pt. 94-95.

<sup>111</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6907.

<sup>112</sup> TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 23 giugno 2021, n. 173, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2677. Si veda anche TAR Lombardia, Sez. IV, 18 dicembre 2020, n. 2552.

In ogni caso, il punteggio relativo al possesso del *rating* è riconosciuto anche nell'ipotesi in cui la validità del relativo certificato sia scaduta, ma l'impresa ha presentato richiesta di rinnovo entro i termini stabiliti dal regolamento AGCM sopra menzionato<sup>113</sup>.

Oltre al *rating* di legalità, tra i criteri premiali menzionati dall'art. 95, co. 13, si annovera anche il ***rating d'impresa***<sup>114</sup>. Nelle intenzioni del legislatore, che ne aveva previsto l'introduzione all'art. 83, co. 10, del Codice dei contratti pubblici, si sarebbe trattato di un indicatore sintetico della reputazione degli operatori economici partecipanti a gare pubbliche, calcolato sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché di accertamenti definitivi che ne esprimono l'affidabilità. Venivano in rilievo, in particolare, i comportamenti delle imprese nelle procedure di affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, quali il mancato utilizzo del soccorso istruttorio, l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, l'incidenza e gli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. L'art. 213, co. 7, del Codice prevede, inoltre, che il *rating* di legalità concorra alla determinazione del *rating* di impresa (ma non viceversa).

Entrambe le tipologie di *rating* possono ricondursi alla funzione "*promozionale*" del diritto, nella misura in cui stimolano le imprese al rispetto di determinati standard organizzativi o a comportamenti virtuosi, mediante l'adesione a sistemi reputazionali facoltativi e premiali<sup>115</sup>. Se la finalità del *rating* di legalità si individua nella lotta alla corruzione e all'infiltrazione della criminalità nelle imprese, il *rating* d'impresa avrebbe teso piuttosto a rafforzare l'efficienza nel mercato dei contratti pubblici.

Il meccanismo premiale del *rating* d'impresa, tuttavia, non è attualmente funzionante. La sua attivazione era subordinata all'adozione di atti attuativi da parte dell'ANAC, che oltre a gestire il sistema e a rilasciare le relative certificazioni, avrebbe avuto il compito di definire i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, tenendo conto anche dell'impatto generato nello svolgimento di attività di beneficio comune, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società *benefit*.

Tuttavia, gli atti attuativi non sono mai stati definitivamente adottati dall'ANAC, che nel 2018 aveva avviato una consultazione pubblica su uno schema di linee guida. Alcune delle ragioni della mancata entrata a regime possono individuarsi in alcune criticità applicative, quali la tensione con i principi di non discriminazione e parità di trattamento delle imprese straniere o di quelle più strutturate o che comunque abbiano già svolto commesse pubbliche a svantaggio degli operatori ancora nella fase di ingresso nel mercato. In ogni caso, in sede di riforma del Codice, il legislatore dovrà prendere una decisione definitiva, in un senso o nell'altro, circa la sorte del *rating* di impresa.

<sup>113</sup> V. Cons. di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097.

<sup>114</sup> In tema si veda M. Cardone, *Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *federalismi.it*, 30 dicembre 2020.

<sup>115</sup> Nella formulazione originaria del D.Lgs. n. 50/2016, il *rating* d'impresa aveva carattere obbligatorio. Con il D.Lgs. "correttivo" n. 56/2017, esso è divenuto facoltativo, al pari del *rating* di legalità.

Venendo ad altre tipologie di criteri premiali, l'applicazione di criteri diretti a favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione risponde ad obiettivi generali di politica economica che, come si è già notato, almeno in parte (con riferimento alle PMI) sono condivisi dal legislatore dell'Unione europea.

La genericità della indicazione contenuta nel Codice, peraltro, stimola le stazioni appaltanti a definire con maggiore precisione i criteri diretti al perseguimento degli obiettivi menzionati, rispettando i canoni di chiarezza, oggettività e trasparenza dei criteri di valutazione. Sotto questo profilo, l'ANAC, nelle Linee guida n. 2, ha suggerito di valorizzare gli elementi di innovatività delle offerte presentate, ancorando così il maggior punteggio a dati "oggettivi" dell'offerta<sup>116</sup>.

Particolare attenzione è rivolta alla promozione dei **giovani professionisti** nei servizi di architettura e ingegneria. Con riferimento agli incarichi di progettazione e ai concorsi di progettazione e di idee, si deve tener conto dell'art. 24, co. 5, del Codice, che richiede l'individuazione mediante regolamento di meccanismi volti a garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi ad incarichi di progettazione e a concorsi di progettazione e di idee, di cui le stazioni appaltanti tengono conto ai fini dell'aggiudicazione. Il relativo decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti<sup>117</sup>, tuttavia, non prevede, anche in virtù dei rilievi svolti dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>118</sup>, disposizioni in materia di criteri premiali, limitandosi a richiedere la presenza di questi ultimi nell'ambito dei raggruppamenti temporanei.

Un riferimento all'utilizzo di criteri di valutazione per agevolare la partecipazione dei giovani professionisti è invece contenuto nelle Linee guida ANAC n. 1, recanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura o all'ingegneria*", in cui ancora si suggerisce alle stazioni appaltanti di valorizzare a tal fine gli elementi di innovatività delle offerte<sup>119</sup>.

Con riferimento alle **piccole e medie imprese**, il contenuto dell'art. 95, co. 13, è stato da ultimo sostanzialmente replicato, per le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal programma *Next Generation EU* in base al PNRR e al PNC, dall'art. 47-*quater* del D.L. n. 77/2021<sup>120</sup>, secondo il quale, appunto per tali procedure, le stazioni appaltanti "*possono*" prevedere «*criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta*». Si tratta di una previsione che, a prima lettura appare sostanzialmente inutile se non come rafforzativo

<sup>116</sup> Par. II delle Linee guida n. 2.

<sup>117</sup> D.M. 2 dicembre 2016, n. 263.

<sup>118</sup> Cons. Stato, Comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285; la previsione poi espunta prevedeva la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire punteggi premianti per i concorrenti che garantivano la presenza di più di un giovane professionista o che avessero stipulato apposite convenzioni con gli istituti universitari.

<sup>119</sup> Approvate con delibera 14 settembre 2016, n. 973 e da ultimo aggiornate con delibera 15 maggio 2019, n. 417. Cfr. par. VI.

<sup>120</sup> Introdotta in sede di conversione dalla L. n. 108/2021. Sulle disposizioni del decreto PNRR e semplificazioni in tema di criteri di valutazione si tornerà nel par. 3.8.

dell'intenzione del legislatore di agevolare, anche negli appalti finanziati con i richiamati piani nazionali, le piccole e medie imprese.

Vi è poi il criterio premiale dell'**impatto generato** di cui all'art. 1, co. 382, lett. b), della L. 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società *benefit*. Tale criterio è stato introdotto dal D.L. 26 ottobre 2019, n. 124<sup>121</sup>. Le richiamate società *benefit* si caratterizzano per il fatto che, nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono anche una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse<sup>122</sup>. Tali enti sono tenuti a redigere annualmente una relazione che contenga la valutazione dell'impatto generato dalla propria azione in termini di beneficio comune per i soggetti, i beni o le attività sopra indicate, secondo uno standard di valutazione esterno le cui caratteristiche sono individuate nell'allegato n. 4 alla L. n. 208/2015 e nel successivo allegato n. 5, che definisce le aree di valutazione (ad esempio il governo d'impresa, i lavoratori e l'ambiente) che devono necessariamente essere prese in considerazione.

L'art. 95, co. 13, del Codice, pertanto, consente di prendere in considerazione come criterio premiale l'impatto, in termini di beneficio comune, come descritto dalla normativa sulle società *benefit*, ma anche se prodotto da concorrenti che non hanno la qualifica di società *benefit*. In tale ipotesi, mentre le società *benefit* possono verosimilmente allegare all'offerta la relazione annuale sopra menzionata, gli altri concorrenti sono tenuti a redigere un'apposita relazione, specificando in che modo la propria attività abbia avuto effetti positivi sulle categorie individuate dalla normativa (persone, comunità, territori ecc.) e utilizzando uno standard di valutazione esterno, ossia sviluppato da un ente che non è controllato o collegato all'impresa in questione.

Per quanto riguarda, poi, i criteri premiali relativi a beni, lavori o servizi che presentano un **minore impatto sulla salute e sull'ambiente**, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero, questi rientrano nella politica di valorizzazione degli aspetti ambientali nella valutazione dell'offerta tecnica, che si manifesta anche nell'ambito di alcuni dei criteri di valutazione richiamati dal co. 6, oltre che, ovviamente, dei criteri ambientali minimi. I criteri premiali attinenti alla tutela della salute o dell'ambiente devono comunque essere rapportati alla natura, alle caratteristiche e all'oggetto del contratto da aggiudicare ed essere definiti in maniera chiara, oggettiva e trasparente.

#### **CASO PRATICO – L'utilizzo di auto elettriche o ibride nei servizi di vigilanza**

In una gara avente ad oggetto lo svolgimento di servizi di vigilanza di alcuni stabili, la stazione appaltante includeva tra i criteri di valutazione riferiti all'ambiente l'utilizzo di auto elettriche o ibride per svolgere le ronde.

<sup>121</sup> Conv. con mod. dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157.

<sup>122</sup> Ai sensi dell'art. 1, co. 376, della L. n. 208/2015.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, in primo luogo, che tale criterio fosse connesso con l'oggetto dell'appalto, in quanto si trattava di un aspetto di carattere ambientale relativo ad una delle attività di controllo degli stabili, ovverosia le ronde. In secondo luogo, sconfessando le conclusioni del giudice di primo grado, ha stabilito che la scelta della stazione appaltante di includere tale aspetto nell'ambito dei criteri di valutazione dell'offerta, piuttosto che come criterio premiale ai sensi dell'art. 13, costituisca una scelta discrezionale<sup>123</sup>. In assenza di una palese irragionevolezza, pertanto, il giudice non potrebbe sindacare tale decisione, a pena di incorrere in un apprezzamento di merito sostitutivo di scelte discrezionali non vincolate dalla legge (Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534).

Infine, l'**adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere**<sup>124</sup> deve essere comprovata dal possesso di certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-bis del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna<sup>125</sup>. La certificazione di parità di genere è stata di recente introdotta dalla L. 5 novembre 2021, n. 162, a decorrere dal 1° gennaio 2022. La funzione della certificazione viene individuata dalla stessa norma nell'attestazione delle politiche e delle misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere, al fine di garantire opportunità di crescita in azienda, parità salariale in relazione alla parità di mansioni e tutela della maternità. Il sistema dovrebbe essere attivato a partire dal secondo quadrimestre del 2022.

La definizione di alcuni aspetti, fra cui i parametri minimi per il conseguimento della certificazione da parte delle aziende, viene demandata a un successivo d.P.C.M. Tali parametri dovranno riguardare la retribuzione corrisposta, le opportunità di progressione in carriera e la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche con riguardo alle lavoratrici in stato di gravidanza. Al possesso di tale certificazione, oltre alla possibilità di accedere al punteggio aggiuntivo nel partecipare a gare d'appalto il cui bando prevede il relativo criterio premiale, sono anche connessi benefici contributivi a favore del datore di lavoro.

### 3.6. I criteri tabellari o on/off

I criteri di valutazione tabellari, detti anche criteri on/off, consentono di assegnare in termini assoluti un punteggio per un determinato parametro, in base alla mera presenza o assenza di un elemento o di una qualità, senza che sia necessaria alcuna valutazione discrezionale da parte della commissione. Ciò avviene, ad esempio, quando si attribuisce un punteggio al possesso di una certificazione di qualità o ambientale o alla presenza di un particolare elemento dell'offerta tecnica. L'utilizzo dell'espressione "on/off" deriva

<sup>123</sup> Peraltro, sia consentito osservare che la diversa qualificazione del criterio è tendenzialmente priva di rilevanza pratica.

<sup>124</sup> Recentemente introdotta fra i criteri premiali dall'art. 34 del D.L. 30 aprile 2022, n. 36 (*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*), conv. con mod. dalla L. 29 giugno 2022, n. 79. Si tornerà sui rapporti tra tale novità e le altre misure premiali specifiche dei contratti del PNRR al par. 3.8.

<sup>125</sup> D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

proprio dalla somiglianza con il meccanismo di un interruttore che accende e spegne una lampadina: la luce è accesa o è spenta, non sono previste sfumature intermedie o, fuor di metafora, coefficienti discrezionali che rispecchino una valutazione quantitativa. In realtà, esistono criteri tabellari che consentono una valutazione più sfaccettata rispetto alla semplice presenza o assenza dell'elemento, come avviene nel caso, appunto, del *rating* di legalità, dove il punteggio attribuito dipende, oltre che dal possesso del *rating*, dal relativo numero di stellette. Anche in tali casi, comunque, il meccanismo è del tutto automatizzato e non lascia spazio ad alcuna valutazione discrezionale da parte della commissione.

La scelta discrezionale dell'amministrazione, a ben vedere, non è in realtà assente, ma viene anticipata nella fase di predisposizione dei criteri di valutazione. L'applicazione del metodo tabellare di attribuzione dei punteggi è generalmente apprezzata dalle stazioni appaltanti proprio perché, pur consentendo la valorizzazione di aspetti qualitativi dell'offerta, rende molto semplice e celere la valutazione della parte interessata delle offerte tecniche, che si esaurisce nella verifica della presenza dell'elemento e nell'assegnazione automatica del punteggio previsto. Non a caso l'ANAC nell'elencare le procedure "che non presentano particolare complessità", con riferimento alla composizione della commissione di gara, menziona anche quelle che per l'aggiudicazione utilizzino "il punteggio tabellare secondo criteri basati sul principio on/off"<sup>126</sup>.

Inoltre, l'azzeramento della discrezionalità nei lavori della commissione – che, ove i criteri fossero effettivamente tutti tabellari, potrebbe forse persino non essere nominata – rende tale segmento del procedimento molto difficilmente sindacabile dinanzi al giudice amministrativo, salvo che nel caso di evidenti errori di fatto o di calcolo.

Tali vantaggi hanno determinato un'ampia diffusione di questa tipologia di criteri – non disciplinati espressamente dal Codice – e la giurisprudenza ha quindi avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità del loro utilizzo, dapprima con un approccio più cauto e restrittivo e successivamente con una maggiore apertura.

L'approccio più cauto si fonda sulla preoccupazione che l'utilizzo di tale tipologia di criteri possa appiattire la valutazione dell'offerta tecnica, attribuendo un peso determinante al valore dell'offerta economica. Si tratterebbe, insomma, dell'ennesimo rischio di "sterilizzazione" del punteggio tecnico, causato dalla tendenza di tutti i concorrenti di formulare le offerte nell'ottica di accaparrarsi tutti i punti attribuiti in maniera automatica sulla base dei parametri predefiniti dall'amministrazione, cosa che determinerebbe un sostanziale aumento di peso dell'elemento del prezzo ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto<sup>127</sup>.

Si tratta, in realtà, di un rischio che deriva non tanto dalla tipologia di criterio in sé, ma dalle modalità del suo utilizzo e la giurisprudenza più recente ha precisato che i criteri tabellari non sono di per sé incompatibili con la disciplina vigente in materia di offerta

<sup>126</sup> Linee guida n. 5 sui "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" approvate con delibera 16 novembre 2016, n. 1190 e aggiornate con delibera 10 gennaio 2018, n. 4, Premessa. Il provvedimento di per sé ha perso di attualità, ma rimane interessante l'approccio dell'ANAC.

<sup>127</sup> Cfr. TRGA Trento, 29 ottobre 2019, n. 140; TAR Toscana, 6 marzo 2020, n. 289.

economicamente più vantaggiosa, rilevando, invece, l'applicazione concreta del meccanismo di attribuzione del punteggio, che deve consentire un'effettiva differenziazione fra le offerte e l'individuazione di quella più adatta alle esigenze della stazione appaltante.

Ormai l'orientamento giurisprudenziale dominante, nel solco della consolidata giurisprudenza sulla discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei criteri di valutazione dell'offerta, pur ammettendo che il metodo di attribuzione "si/no" ridimensiona in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, ritiene che comunque non lo esclude di per sé, anticipando piuttosto la scelta discrezionale sui profili da valorizzare e lasciando alla fase successiva solo il controllo della loro presenza<sup>128</sup>.

In continuità con tale impostazione, si è poi rilevato che, in effetti, alcuni dei criteri indicati in via esemplificativa dall'art. 95, co. 6<sup>129</sup>, riguardano il possesso di certificazioni che si prestano molto bene ad essere valorizzate tramite l'applicazione di criteri tabellari<sup>130</sup> (si pensi alle certificazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, come la OSHAS 18001, oppure ai marchi di qualità ecologica, come l'Ecolabel UE). Nella medesima sentenza, il Consiglio di Stato rileva che il metodo tabellare non confligge con la finalità assegnata dalla legge al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo e non osta di per sé alla garanzia di un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici, in quanto tale metodo:

- permette comunque all'amministrazione di esercitare un potere discrezionale a monte sia nella definizione dei criteri di valutazione, sia nella loro ponderazione, prevedendo un punteggio comunque differenziato per ciascun criterio;
- non esclude del tutto la possibilità per ciascun concorrente di esprimere la propria capacità progettuale e organizzativa, garantendo quindi una differenziazione tra le offerte, se i criteri sono ben formulati (e quindi sono distinti dai requisiti di partecipazione e dalle specifiche di minima della prestazione) e sufficientemente selettivi. In tal caso, infatti, è improbabile che ogni concorrente voglia o possa offrire tutti gli elementi a cui viene attribuito punteggio<sup>131</sup>.

Sostanzialmente, secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, non bisogna confondere il piano della necessità che i criteri di valutazione riguardino aspetti qualitativi dell'offerta e la modalità di attribuzione del punteggio (graduata e discrezionale o automatica). Si è sottolineato, infatti, che l'art. 95 impone sì la valorizzazione degli aspetti qualitativi delle offerte tecniche, ma non richiede affatto che tali aspetti debbano essere necessariamente valutati con modalità discrezionali di attribuzione dei punteggi: i parametri possono legittimamente essere vincolati e, addirittura, basati sul meccanismo binario on/off, che del resto è frutto di una discrezionalità che si è già espressa a monte<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094. L'appiattimento del punteggio denunciato dall'appellante, invece, "si sarebbe determinato ove oggetto di valutazione fossero stati i requisiti minimi di partecipazione, anziché il possesso di tecniche differenti". È stata ad esempio ritenuta legittima l'attribuzione di 50 punti sui 70 previsti per l'offerta tecnica con criteri on/off da TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 febbraio 2022, n. 1591.

<sup>129</sup> Su cui si veda il par. 3.3.

<sup>130</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2020, n. 5026.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 12 ottobre 2020, n. 10326.

È importante, tuttavia, che questo esercizio "a monte" del potere discrezionale si svolga correttamente, poiché una documentazione di gara lacunosa non consente di soddisfare lo scopo, sotteso al ricorso all'aggiudicazione secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, di valorizzare il merito tecnico di ciascuna offerta. Ad esempio, un disciplinare di gara che non chiariva come si dovesse procedere ad attribuire il punteggio tabellare alle certificazioni di qualità aziendali in caso di raggruppamento (come nel caso di possesso da parte di un solo membro) è stato ritenuto illegittimo dal TAR adito<sup>133</sup>.

#### **CASO PRATICO – I criteri on/off e la valutazione di proposte migliorative**

In una gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata notturna presso alcuni immobili, l'ANAC – ferma restando l'adesione alla giurisprudenza per cui l'utilizzo di criteri tabellari costituisce una scelta in linea di principio ammissibile – ha ritenuto che l'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica secondo modalità di tipo on/off non fosse adatta alla valutazione di proposte migliorative e di prestazioni aggiuntive, richieste nel caso di specie al fine di aumentare l'efficienza del servizio e la sicurezza dell'ente. Infatti, la valutazione di proposte migliorative e di prestazioni aggiuntive ha per definizione natura ampiamente discrezionale e lascia necessariamente ampio spazio all'offerente. Si tratta, quindi, di una valutazione che mal si concilia con il criterio di assegnazione del punteggio di tipo tabellare, che invece presuppone, a monte, un estremo dettaglio nella descrizione del criterio (cosicché, come si è visto, l'esercizio della discrezionalità è anticipato a monte e la commissione deve solo effettuare un controllo oggettivo sul possesso di quanto richiesto). Per essere legittimo, dunque, l'utilizzo dei criteri on/off deve essere coerente con le finalità perseguite dalla stazione appaltante (ANAC, delibera 23 marzo 2021, n. 242).

La legittimità dell'utilizzo dei criteri tabellari deve dunque essere vagliata in concreto caso per caso. In tal senso, solitamente, la giurisprudenza si trova a vagliare se, nel caso in esame, un utilizzo eccessivo dei criteri possa determinare un appiattimento della valutazione delle offerte tecniche, a cui vengono assegnati punteggi troppo simili tra loro. Come si è già accennato, infatti, un siffatto appiattimento può condurre ad un'eccessiva valorizzazione del punteggio economico e, quindi, ad uno snaturamento del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Si segnala, tuttavia, un caso recente relativo ad una gara per la fornitura di sistemi diagnostici per laboratorio, che riguarda uno scenario inverso rispetto a quello dell'appiattimento della valutazione dell'offerta tecnica: il TAR ha concluso che nella disciplina di gara in esame l'assoluta prevalenza nel calcolo del punteggio tecnico di criteri binari estremamente selettivi, che avrebbero potuto essere soddisfatti da pochissime imprese o, addirittura, da un'unica impresa, avrebbe del tutto azzerato gli ambiti di una valutazio-

<sup>133</sup> Si tratta di TAR Marche, Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 131. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello avverso la sentenza.

ne dell'equivalenza delle offerte presentate dai concorrenti, mentre dei criteri di valutazione discrezionali avrebbero consentito l'applicazione del principio di equivalenza e, dunque, una maggiore concorrenzialità della gara<sup>134</sup>.

### **FOCUS – I criteri on/off nella legge della Provincia autonoma di Trento**

Una vicenda territorialmente circoscritta, ma con profili di interesse generale, è quella dell'impugnativa davanti alla Corte costituzionale da parte del Governo di due versioni di una legge della Provincia autonoma di Trento sui criteri on/off negli appalti pubblici.

La legge provinciale 23 marzo 2020, n. 2 aveva inizialmente stabilito che, negli appalti di lavori, l'offerta tecnica dovesse essere necessariamente valutata sulla base di alcuni elementi "*da tradurre in criteri di natura quantitativa o tabellare*" e in particolare:

- a) l'impegno da parte del concorrente di affidare in subappalto l'esecuzione di parte della prestazione a microimprese e piccole e medie imprese locali, specificando già oltre alle prestazioni affidate, anche i nominativi dei singoli subappaltatori;
- b) l'impegno da parte del concorrente ad acquisire le forniture necessarie per l'esecuzione della prestazione da microimprese e piccole e medie imprese locali, specificando i nominativi dei singoli fornitori;
- c) per le prestazioni affidate in subappalto, l'impegno del concorrente a praticare il minor ribasso rispetto all'elenco prezzi posto a base di gara, al fine di assicurare la qualità nell'esecuzione del contratto.

Tale previsione è stata oggetto di un primo ricorso del Governo innanzi alla Corte costituzionale per farne dichiarare l'illegittimità costituzionale con riferimento alla violazione dell'art. 117 Cost. (co. 1 e 2, lett. e)), in quanto la materia dei contratti pubblici rientra nelle materie di competenza legislativa statale della tutela della concorrenza, delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, dell'ordine pubblico e dell'ordinamento civile, e alla violazione delle direttive UE in materia di appalti. Presumibilmente nell'ottica di andare incontro ai rilievi del Governo, il Consiglio provinciale di Trento ha modificato la previsione contestata con la legge provinciale 30 novembre 2020, n. 13, prevedendo che, negli appalti di lavori, l'offerta tecnica "*può*" essere valutata "*anche*" in base ai tre elementi sopra riportati e trasformando, quindi, l'obbligo dell'impiego dei relativi criteri tabellari in una facoltà per le stazioni appaltanti. Tuttavia, il Governo non ha ritenuto che la modifica consentisse di superare i richiamati profili di illegittimità costituzionale ed ha impugnato anche la nuova formulazione della norma, con riferimento agli stessi parametri del ricorso precedente.

<sup>134</sup> TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 4 aprile 2022, n. 1167. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello avverso la sentenza.

La Corte costituzionale si è infine pronunciata con la sentenza 28 gennaio 2022, n. 23, in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di entrambe le formulazioni della norma provinciale. Nonostante la modifica, infatti, secondo la Corte costituzionale restano immutati i profili discriminatori e di indeterminatezza della previsione. In particolare, benché nella nuova versione le stazioni appaltanti abbiano la facoltà di scegliere se utilizzare gli elementi di valutazione dell'offerta indicati, la norma continua ad imporre che tali elementi si traducano in criteri quantitativi o tabellari, limitando "a valle" l'autonomia dell'amministrazione. Viceversa – sottolinea la sentenza – ai sensi dell'art. 95 del Codice, la scelta se tradurre un elemento in dati quantitativi o tabellari o piuttosto lasciare alla discrezionalità tecnica il suo apprezzamento spetta all'amministrazione aggiudicatrice, che deve essere orientata dalla congruenza con la natura e con l'oggetto dell'appalto. Inoltre, il riferimento alle micro, piccole o medie imprese subappaltatrici o fornitrici locali è stato ritenuto un elemento discriminatorio su base territoriale, che in quanto tale è incompatibile con un giudizio di tipo qualitativo dell'offerta.

### 3.7. I criteri ambientali minimi premianti

Nella scelta dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, le stazioni appaltanti devono tenere conto anche dei cosiddetti criteri ambientali minimi (CAM) e, in particolare, di quelli premianti, cioè volti all'attribuzione di punteggio aggiuntivo. Infatti, l'art. 34, co. 2, del Codice, prevede espressamente che tali criteri siano "*tenuti in considerazione*" a tal fine, indipendentemente dal valore dell'affidamento, ovviamente se ne esistono di pertinenti all'oggetto della gara.

Individuati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (ora Ministro della transizione ecologica), i CAM hanno un ruolo fondamentale nell'indirizzare la scelta dell'amministrazione verso l'offerta migliore anche sotto il profilo ambientale, imponendole di considerare tutta una serie di parametri idonei a garantire la reale sostenibilità del suo acquisto. In questo senso, i CAM si inseriscono nel più ampio discorso sui c.d. *Appalti Verdi* (o *Green Public Procurement*), poiché rispondono all'idea, ben recepita nel Codice dei contratti pubblici del 2016, per cui, tramite le procedure di affidamento di appalti e concessioni, le amministrazioni possano anche perseguire obiettivi di natura sociale e/o ambientale, e non limitarsi a ricercare il soddisfacimento di loro bisogni specifici. L'idea permea tutta la direttiva 2014/24/UE, nel cui preambolo si legge ripetutamente che occorre sfruttare appieno tutto il potenziale dei contratti pubblici, al fine, tra l'altro, del miglior perseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva<sup>135</sup>.

<sup>135</sup> Cfr. il considerando 37, secondo cui «è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale», ma

Attraverso l'applicazione dei CAM inseriti nei bandi a cui partecipano, dunque, gli operatori economici sono spinti a porre in essere comportamenti maggiormente virtuosi dal punto di vista ambientale, mentre il rispetto dei criteri ambientali negli acquisti garantisce un minore impatto delle attività della pubblica amministrazione stessa, molto significative dal punto di vista sia quantitativo che come esempio di buone prassi per tutta la collettività. D'altro canto, l'applicazione dei CAM si riflette frequentemente anche in una diminuzione dei consumi delle stazioni appaltanti, che può determinare anche un risparmio di spesa per il settore pubblico.

In tale contesto, è stato inserito il richiamato art. 34 nel Codice del 2016. Per il vero, già con il c.d. *Collegato ambientale* alla legge di stabilità 2016<sup>136</sup> – che, per alcuni versi, ha posto in essere una sorta di attuazione anticipata delle direttive dell'Unione europea – si è stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nella documentazione delle gare di servizi e forniture almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei decreti adottati per le categorie previste dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (o Piano d'azione nazionale sul *Green Public Procurement* – PAN GPP)<sup>137</sup>.

Adottato con decreto interministeriale dell'11 aprile 2008 (e oggetto di successivi aggiornamenti e revisioni), il Piano d'azione mira a definire gli obiettivi nazionali in materia di appalti verdi e, soprattutto, a selezionare le categorie di beni, servizi e lavori considerate prioritarie ai fini dell'individuazione dei CAM.

Nel nuovo Codice, oltre al già richiamato art. 34, anche l'art. 71 ribadisce che i bandi di gara devono contenere i criteri ambientali minimi. L'art. 34, prima del correttivo del 2017, prevedeva che, a seconda del tipo di contratto da affidare, i CAM potessero trovare applicazione per quote percentuali differenziate. Come si è visto, dopo il D.Lgs. n. 57/2017 l'art. 34, co. 2, conferma che i criteri ambientali premianti **devono essere tenuti in considerazione** per gli affidamenti di qualunque importo, relativi a tutte le categorie merceologiche oggetto dei criteri ambientali minimi, senza la previsione di percentuali di applicazione differenziate ed anche con riferimento agli affidamenti sotto-soglia<sup>138</sup>.

Non si tratta, dunque, di una facoltà rimessa ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante. In una fase precedente, si riteneva che solo l'inserimento delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali previste dai decreti CAM fosse obbliga-

---

anche i nn. 2, 47, 95 e 123. Anche la comunicazione della Commissione n. 2020 del 3 marzo 2010, dedicata alla richiamata strategia Europa 2020, ad esempio, nell'ottica di favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, nonché a basse emissioni di carbonio, individuava, fra i propri obiettivi, quello di potenziare gli strumenti basati sul mercato, quali appunto gli appalti pubblici "verdi", promuovendone un uso maggiore. Si vedano anche, fra l'altro, la Comunicazione "Appalti pubblici per un ambiente migliore" (COM (2008) 400 del 16 luglio 2008) e quella recante il "Piano d'azione europeo per l'economia circolare" (COM (2015) 614 del 2 dicembre 2015), che rimarca che gli appalti "verdi" possono svolgere un ruolo chiave per la realizzazione di un'economia circolare e che, pertanto, la loro diffusione deve essere promossa e incoraggiata.

<sup>136</sup> L. 28 dicembre 2015, n. 221, che negli artt. 16-22 reca "Disposizioni relative al Green Public Procurement".

<sup>137</sup> Si trattava dell'art. 18 della L. n. 221/2015, che aveva inserito un art. 68-bis nel Codice del 2006.

<sup>138</sup> L'art. 36 specifica che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria avviene, tra le altre cose, nel rispetto dei principi di cui all'art. 34.

torio per le stazioni appaltanti, anche perché gli stessi decreti CAM prevedevano che per considerare l'appalto "verde" fosse sufficiente che il bando integrasse tutti i criteri c.d. *di base*, mentre con riferimento a quelli premianti le stazioni appaltanti sarebbero state solo invitate al loro utilizzo<sup>139</sup>.

Oggi, dopo la modifica del c.d. *decreto correttivo*, l'art. 34, co. 3, del Codice, indica chiaramente un obbligo con riferimento sia al co. 1 (relativo alle specifiche tecniche e alle clausole contrattuali) che per il co. 2, che si occupa appunto dei criteri premianti.

Il mutamento di prospettiva è evidente anche dall'esame dei singoli decreti CAM oggi in vigore: in quelli più risalenti, si prevede che i criteri premianti indicati "*possono essere utilizzati*" dalle stazioni appaltanti (CAM rifiuti urbani – D.M. 13 febbraio 2014) oppure che "*si suggerisce*" di utilizzarli (CAM fornitura e progettazione illuminazione pubblica – D.M. 27 settembre 2017); mentre quelli più recenti prevedono che la stazione appaltante, ove utilizzi il miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, "*introduce*" uno o più dei criteri e sub-criteri premianti indicati nella documentazione di gara, peraltro "*attribuendovi una significativa quota del punteggio complessivo*" (CAM gestione del verde pubblico e fornitura prodotti per la cura del verde – D.M. 10 marzo 2020; CAM servizio di pulizia e sanificazione e prodotti detergenti – D.M. 29 gennaio 2021; CAM fornitura e noleggio di prodotti tessili – D.M. 30 giugno 2021). Ovviamente, se la stazione appaltante è tenuta ad inserire i CAM premianti richiesti dal decreto di settore, il concorrente – a differenza di quanto accade con i criteri ambientali relativi alla selezione dei candidati oppure alle specifiche tecniche di minima – è libero di presentare un'offerta anche non conforme ai criteri, ma, così facendo, rinuncerà al relativo punteggio.

L'obbligo in questione, inoltre, si applica solo se l'affidamento concerne una delle specifiche categorie di beni, servizi e lavori previste nei decreti che individuano i CAM.

#### **CASO PRATICO – Oggetto della gara correlato a un decreto CAM oppure no?**

In una gara per la concessione della gestione biennale di parcheggi pubblici a pagamento e per la vigilanza per la stagione balneare, il Consiglio di Stato ha ritenuto priva di fondamento la doglianza avanzata circa la mancata applicazione dei CAM per l'acquisto di prodotti e servizi attinenti alla ristorazione collettiva, posta la totale assenza di correlazione con l'oggetto dell'affidamento per cui era causa (Cons. Stato, Sez. V, 24 giugno 2020, n. 4034).

Viceversa, in una gara per la fornitura in opera degli allestimenti di laboratori scientifici didattici e dipartimentali di un'università, il Consiglio di Stato ha ammesso l'applicabilità in via analogica alla fornitura di arredi da laboratorio dei CAM fissati dal D.M. 11 gennaio 2017 per le forniture di arredi da ufficio – e, dunque, la

<sup>139</sup> Cfr. CAM per l'acquisto di prodotti tessili di cui al D.M. 22 febbraio 2011. In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317, per una gara cui si applicava appunto ancora un D.M. del 2011 (quello del 25 luglio sui CAM per la ristorazione collettiva), ridimensionava anche la portata dell'espressione "*tenute in considerazione*". Mostrano una preferenza per i CAM come specifiche tecniche rispetto ai CAM premianti G.G. Giannarelli, E. Ciccarese, *Green e-procurement*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 58.

possibilità per la stazione appaltante di introdurli nel bando – anche se, nel caso di specie, l'affidamento in parte riguardava arredi da interno, ma non “*da ufficio*” in senso stretto (Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344).

In ogni caso, posto che i CAM, per la loro stessa natura, risultano il più delle volte onerosi per gli operatori economici e, dunque, idonei ad incidere sulla concorrenza e sull'equilibrio economico dell'appalto, sia che questi debbano essere obbligatoriamente applicati, sia che la stazione appaltante decida discrezionalmente di pretenderne l'osservanza, la stessa dovrà comunque considerare i **maggiori costi** che l'adeguamento alle prescrizioni dei CAM comporta per gli offerenti.

Conseguentemente, anche la determinazione del valore a base di gara dovrà risultare congrua in rapporto alla consistenza dei requisiti di sostenibilità ambientale prescritti. Rispetto a tale ultimo profilo, in un caso che ha dato origine a numerose pronunce, tutte dello stesso segno, il Consiglio di Stato ha giudicato fondate le doglianze avanzate nei confronti di una procedura di gara per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di mantenimento dei detenuti e internati attraverso l'approvvigionamento di derrate alimentari nel 2017, in quanto il prezzo posto a base d'asta risultava identico a quello di un'analogo gara bandita nel 2013, e ciò nonostante il decorso del tempo e l'applicazione, imposta nella procedura più recente dalla normativa sopravvenuta, dei CAM<sup>140</sup>.

Per quanto riguarda il **procedimento di individuazione** dei criteri ambientali minimi, come si è visto, il compito spetta ad appositi decreti del Ministero dell'ambiente, oggi Ministero della transizione ecologica, che è chiamato a determinarli in relazione alle differenti categorie merceologiche definite nel Piano d'azione nazionale sul *Green Public Procurement*. A oggi sono in vigore decreti CAM per una ventina di differenti categorie (arredi, cartucce per la stampa, edilizia, illuminazione pubblica, rifiuti urbani, ristorazione collettiva ecc.) che vengono periodicamente aggiornati in considerazione dell'andamento del mercato e delle innovazioni tecnologiche intervenute. Accanto alla revisione dei decreti già in vigore, vengono continuamente adottati nuovi CAM (ad esempio, per gli anni 2021 e 2022 è in programma la definizione di quelli per il trasporto pubblico e per gli eventi culturali).

Le modalità di definizione dei CAM sono disciplinate dal PAN GPP, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla Commissione europea. Il punto di partenza è sempre l'analisi del settore di mercato di riferimento. È poi compito del Comitato di gestione del GPP procedere concretamente all'elaborazione dei CAM. Istituito con il D.M. 18 ottobre 2007, n. 185, il Comitato è composto da rappresentanti dei Ministeri dell'ambiente (che ne è il responsabile e il coordinatore), dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, dell'ISPRA, della CONSIP, delle Regioni e da altri esperti. Per lo svolgimento dei compiti ad esso affidati, il Comitato si avvale della collaborazione di gruppi di lavoro, compo-

<sup>140</sup> Si veda, fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2019, n. 8041.

sti da rappresentanti ed esperti provenienti dal mondo della pubblica amministrazione, ma anche da quello delle università e delle associazioni di categoria.

Una volta elaborati dai Gruppi di lavoro, i CAM vengono prima sottoposti al Comitato di gestione e poi trasmessi ai Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, che possono presentare le loro osservazioni. Il documento definitivo viene infine adottato con decreto del Ministero dell'ambiente (della transizione ecologica).

Pur potendosi riferire a categorie merceologiche fra loro anche molto diverse, i decreti CAM presentano una **struttura** ricorrente.

In apertura vi è sempre una **premessa**, nella quale è riportata la normativa di riferimento. Vengono inoltre forniti suggerimenti e indicazioni alle stazioni appaltanti circa gli approcci da seguire per l'applicazione dei CAM, che variano in relazione allo specifico tipo di affidamento considerato. Ad esempio, i CAM per i servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici (D.M. 11 ottobre 2017) specificano che, nel caso di affidamento del servizio di progettazione, i criteri ambientali devono costituire parte integrante del capitolato tecnico elaborato dalla stazione appaltante; o ancora, che gli stessi criteri non sostituiscono quelli normalmente previsti in un capitolato tecnico, ma assolvono ad una funzione integrativa e si aggiungono alle prescrizioni già in uso per le opere considerate.

Dopo la premessa, sono individuati i criteri ambientali minimi veri e propri, definiti con riferimento alla specifica tipologia di affidamento considerata. I CAM possono incidere su tutte le diverse fasi della gara e si dividono in:

- Selezione dei candidati;
- Specifiche tecniche;
- Clausole contrattuali;
- Criteri premianti.

Si veda, quale esempio, il seguente estratto dall'indice del decreto CAM per il servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti (Fonte: decreto MATTM 29 gennaio 2021):

### ***C. Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di pulizia di edifici ed altri ambienti ad uso civile***

#### **a) Selezione dei candidati**

1. Capacità tecnico-professionali di adottare misure di gestione ambientale

#### **b) Specifiche tecniche**

1. Detergenti utilizzati nelle pulizie ordinarie (Detergenti multiuso, per finestre e per servizi sanitari)
2. Detergenti per impieghi specifici per le pulizie periodiche e straordinarie
3. Macchine

**c) Clausole contrattuali**

1. Formazione del personale addetto al servizio
2. Sistema di gestione della qualità
3. Prodotti ausiliari per l'igiene
4. Prodotti disinfettanti e protocollo per favorirne un uso sostenibile
5. Fornitura di materiali igienico-sanitari per servizi igienici e/o fornitura di detergenti per l'igiene delle mani
6. Gestione dei rifiuti
7. Rapporto sui prodotti consumati
8. Clausola sociale

**d) Criteri premianti**

1. Contenimento degli impatti ambientali lungo il ciclo di vita del servizio offerto
2. Ecolabel (UE) per i servizi di pulizia, adozione di sistemi di gestione ambientale
3. Criterio sociale

Quando influiscono sulla **selezione dei candidati**, i CAM si sostanziano nella richiesta di requisiti di qualificazione soggettiva, volti a provare che l'offerente abbia in effetti tutte le qualità per eseguire il contratto con il minor impatto ambientale possibile. Ad esempio, i CAM per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione del verde pubblico (D.M. 10 marzo 2020) richiedono che i candidati, nell'ultimo triennio, abbiano eseguito servizi analoghi a quelli richiesti nel disciplinare di gara.

I CAM, poi, assumono frequentemente la forma delle **specifiche tecniche**, ai sensi dell'art. 68 del Codice. Quelli relativi all'acquisto di sorgenti luminose per l'illuminazione pubblica, ad esempio, indicano le caratteristiche che le lampade al sodio ad alta pressione devono possedere in termini di efficienza luminosa (D.M. 27 settembre 2017). Quelli per l'acquisto di cartucce di toner e a getto di inchiostro prevedono, invece, l'inserimento di specifiche tecniche volte a limitare e/o ad escludere la presenza di sostanze pericolose o di metalli pesanti (D.M. 17 ottobre 2019).

Il più delle volte, poi, i CAM prevedono l'inserimento di specifiche **clausole contrattuali** che possono presentare il contenuto più vario, ma mirano sempre a massimizzare l'efficienza ambientale del bene o del servizio richiesto. In questo modo, anche nella fase dell'esecuzione del contratto viene garantita una particolare attenzione ai risvolti di carattere ambientale. A titolo esemplificativo, i CAM concernenti l'acquisto di sorgenti luminose per l'illuminazione pubblica richiedono all'offerente di garantire, in corso di contratto, la raccolta, il trasporto, il trattamento, il recupero e lo smaltimento ambientalmente compatibile delle sorgenti luminose (D.M. 27 settembre 2017). I CAM per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica prevedono che le stazioni appaltanti introducano clausole contrattuali concernenti i requisiti degli alimenti, ovvero la gestione

delle eccedenze alimentari, le quali, ad esempio, possono essere destinate a canili o gattili, oppure al compostaggio (D.M. 10 marzo 2020). Per la gestione e la manutenzione del verde pubblico, ancora, i CAM prescrivono che nei parchi urbani, e comunque nelle aree a forte valenza ambientale, le attività di manutenzione si svolgano in modo tale da arrecare il minor disturbo possibile alla fauna presente.

Quelli che interessano la valutazione delle offerte tecniche, però, sono i **criteri premianti**, tramite i quali la pubblica amministrazione valorizza alcuni elementi ritenuti di importanza per la tutela dell'ambiente – sebbene non indispensabili, quali sono invece quelli che rientrano tra le specifiche di minima o i requisiti di partecipazione – tramite l'attribuzione di punteggio tecnico che, come si è visto, soprattutto nei decreti più recenti deve costituire una quota significativa del punteggio complessivo.

Alcuni esempi di criteri ambientali premianti sono:

- l'utilizzo di automezzi per la raccolta e il trasporto dei rifiuti con determinate caratteristiche, assegnando il punteggio in relazione al numero di veicoli (CAM gestione rifiuti urbani – D.M. 13 febbraio 2014);
- il possesso della licenza Ecolabel (UE) (CAM servizi di pulizia e sanificazione – D.M. 29 gennaio 2021);
- l'impegno ad eseguire attività educative rivolte alle scuole del territorio, attività divulgative destinate ad aumentare la consapevolezza della comunità che prevedano l'apposizione di etichette resistenti alle intemperie, recanti il nome botanico delle specie vegetali messe a dimora e l'organizzazione di visite guidate per promuovere la conoscenza e la valorizzazione del patrimonio verde urbano (CAM gestione del verde pubblico – D.M. 10 marzo 2020);
- l'equipaggiamento dei veicoli con un sistema di condizionamento d'aria che utilizzi un refrigerante il cui potenziale di riscaldamento globale è inferiore a una data soglia e con dispositivi di illuminazione e segnalazione luminosa costituiti da LED o tecnologia alternativa o equivalente (CAM acquisto, leasing, locazione e noleggio di veicoli – D.M. 7 giugno 2021);
- la fornitura di cartucce in possesso di etichette ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024 (CAM forniture di cartucce toner e a getto di inchiostro – D.M. 17 ottobre 2019).

Per ciascun criterio ambientale – inclusi quindi anche i criteri premianti – si indicano anche le modalità di **verifica** del possesso di quanto richiesto. Ad esempio:

- per gli automezzi si richiede la presentazione in fase di offerta di carte di circolazione e schede tecniche dei mezzi che l'offerente intende utilizzare;
- per i servizi di pulizia, la licenza d'uso del marchio Ecolabel;
- per le attività educative e divulgative sul verde pubblico, i relativi progetti e proposte;
- per i sistemi di condizionamento e illuminazione dei veicoli, rispettivamente una dichiarazione del costruttore e la documentazione tecnica del veicolo;
- per le cartucce, l'indicazione delle etichettature possedute.

Tendenzialmente, quando viene richiesto di comprovare la compatibilità ambientale di un elemento tramite certificazioni o etichettature, i CAM ammettono espressamente la possibilità di fornire delle prove alternative. Inoltre, ad esempio, nel caso della fornitura di cartucce in possesso di etichette ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024, il decreto dispone testualmente che il criterio premiante debba essere *"gestito in conformità"* all'art. 69, co. 3, del Codice, secondo cui se un operatore economico dimostra di non avere la possibilità di ottenere l'etichettatura specifica indicata dalla stazione appaltante o un'etichettatura equivalente entro i termini richiesti, per motivi ad esso non imputabili, l'amministrazione deve accettare altri mezzi di prova, ivi compresa una documentazione tecnica del fabbricante, idonei a dimostrare che la prestazione soddisfa i requisiti dell'etichettatura specifica o quelli da lei indicati (CAM forniture di cartucce toner e a getto di inchiostro – D.M.17 ottobre 2019).

Sotto questo profilo, in un caso in cui veniva contestata la mancata esclusione dell'aggiudicataria, per non aver quest'ultima rilasciato le specifiche attestazioni di rispondenza dei prodotti offerti con le modalità richieste dal disciplinare di gara, il Consiglio di Stato ha ritenuto che le informazioni contenute nell'offerta tecnica fossero comunque sufficienti a dimostrare la conformità ai CAM, anche se in maniera non del tutto corrispondente rispetto a quanto formalmente richiesto dalla documentazione di gara. Anche nel rispetto dei principi di proporzionalità, di adeguatezza, di non aggravamento della procedura e di massima partecipazione, la stazione appaltante legittimamente non aveva escluso l'aggiudicataria, consentendo le indicazioni contenute nell'offerta la puntuale verifica della rispondenza dei prodotti utilizzati al decreto CAM<sup>141</sup>.

### 3.8. I criteri per i contratti del PNRR e nella nuova delega in materia di contratti pubblici

Nel decreto *"PNRR-Semplificazioni"*<sup>142</sup>, che disciplina l'attuazione del c.d. *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR)<sup>143</sup> anche sotto il profilo della gestione delle procedure di gara afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dai regolamenti attuativi del programma *Next Generation* EU<sup>144</sup> e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC)<sup>145</sup>, sono presenti anche alcune novità di rilievo in tema di criteri di valutazione, alcune previste sin dall'adozione del decreto legge, altre introdotte in sede di conversione.

<sup>141</sup> Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2020, n. 723.

<sup>142</sup> D.L. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con mod. dalla L. 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>143</sup> Il PNRR è stato predisposto dal Governo italiano per sottoporlo alla Commissione europea e contiene la descrizione di come si intende investire le risorse del programma *Next generation* EU, il fondo approvato nel luglio del 2020 dal Consiglio europeo al fine di sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia di Covid-19, e quali riforme saranno portate avanti per attuare il Piano e in generale per *"modernizzare"* il Paese.

<sup>144</sup> I regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 e del 12 febbraio 2021 nn. 240 e 241 disciplinano rispettivamente il c.d. *strumento di sostegno tecnico* e il c.d. *dispositivo per la ripresa e la resilienza*.

<sup>145</sup> Finalizzato ad integrare, con risorse nazionali, gli interventi del PNRR.

Si è già visto che, in seguito a un vivace dibattito, non sono state introdotte nel decreto disposizioni sull'utilizzo del massimo ribasso<sup>146</sup>. Rimane, però, una serie di previsioni relative all'applicazione di **criteri premiali**, indicative del riconoscimento della piena potenzialità dell'utilizzo degli stessi come strumento di politiche pubbliche promozionali, anche oltre la classica tematica della tutela dell'ambiente. Si tratta di una tendenza di per sé da valutare positivamente, purché ovviamente non se ne abusi – a discapito della discrezionalità delle stazioni appaltanti – e purché venga mantenuta nei confini del buon senso, tenendo sempre a mente l'applicabilità concreta dei criteri e l'effettiva possibilità del loro soddisfacimento da parte degli operatori.

In particolare, l'art. 47 del decreto PNRR-Semplificazioni, rubricato "*Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC*", detta una disciplina volta a perseguire le finalità relative alle **pari opportunità generazionali e di genere** e a promuovere l'inclusione lavorativa delle **persone con disabilità** nelle procedure finanziate con le risorse sopra descritte. Si prevedono anzitutto alcuni incombeni necessari per la partecipazione alle procedure oppure da effettuarsi dopo la stipula del contratto e l'applicazione di penali nel caso di inadempimento<sup>147</sup>. Accanto a varie ipotesi di requisiti necessari del concorrente o dell'offerta, si utilizza, però, anche lo strumento dei criteri premiali per perseguire le finalità di pari opportunità e di inclusione lavorativa.

Infatti, ai sensi del quarto comma dell'art. 47, le stazioni appaltanti "*prevedono*" nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, non solo come requisiti necessari, ma anche come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere:

- l'imprenditoria giovanile;
- l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità;
- la parità di genere;
- l'assunzione di giovani con età inferiore a trentasei anni;
- l'assunzione di donne.

L'utilizzo dell'indicativo presente "*prevedono*" chiarisce che la disposizione non reca una mera facoltà per le stazioni appaltanti, ma un vero e proprio obbligo ad introdurre i criteri indicati, ovviamente compatibilmente – come precisa lo stesso comma – con i principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché tenendo conto dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti e dei principi dell'Unione europea. La dispo-

<sup>146</sup> Par. 2.1.

<sup>147</sup> L'art. 47, D.L. n. 77/2021, prevede, ad esempio, che gli operatori economici che occupano oltre cento dipendenti e che, pertanto, sono tenuti a redigere il rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile ai sensi del Codice delle pari opportunità (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198), sono tenuti, a pena di esclusione, a produrne copia al momento della presentazione della domanda di partecipazione, mentre gli operatori che non sono tenuti alla redazione del rapporto, ma occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti, sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante una relazione di genere simile al richiamato rapporto ed una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi relativi al diritto al lavoro delle persone con disabilità entro sei mesi dalla conclusione del contratto.

sizione prosegue, poi, chiedendo alle stazioni appaltanti di tenere conto anche «*degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti*», forse con ciò assegnando oneri un po' eccessivi e complicati alle singole amministrazioni. Ferma restando la rilevanza delle finalità che l'art. 47 si pone, ove si ritenga di mantenere la richiesta alle amministrazioni di considerare tutti gli indicatori richiamati, sarebbe forse opportuno prevedere anche dei meccanismi per rendere loro più agevole tale compito.

Il successivo quinto comma dell'art. 47 elenca, invece, delle misure premiali ulteriori che *"possono prevedere"* – questa volta con una piena rimessione alla discrezionalità della stazione appaltante – l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo. Si tratta, in particolare, di premiare l'offerente o il candidato che:

- a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi di una serie di previsioni normative volte a contrastare le **discriminazioni** per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi<sup>148</sup>, per motivi connessi alla disabilità<sup>149</sup> o per ragioni di sesso, matrimonio o maternità<sup>150</sup>;
- b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di **organizzazione del lavoro**;
- c) si impegni ad assumere, **oltre alla soglia minima** percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone con disabilità, giovani di età inferiore a trentasei anni e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali. Si tratta di una previsione piuttosto ripetitiva di quanto già contenuto nel co. 4, che, come si è visto, non prevede solo requisiti di partecipazione, ma anche criteri premiali;
- d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato **specifiche misure** per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- d-bis*) abbia, **nell'ultimo triennio**, rispettato gli obblighi di cui alla L. 12 marzo 1999, n. 68 (*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*). Questa previsione potrebbe sembrare analoga a quella di cui al co. 4, che prevede l'aver assolto agli obblighi di cui alla L. n. 68/1999 come un requisito necessario dell'offerta, ma la differenza (ragionevole) tra le due previsioni è che costituisce un requisito dell'offerta l'as-

<sup>148</sup> Art. 44 del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286; art. 4 del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215; art. 4 del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

<sup>149</sup> L. 1° marzo 2006, n. 67.

<sup>150</sup> Artt. 35 e 55-*quinquies* del D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198; art. 54 del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

solvimento degli obblighi "al momento della presentazione dell'offerta", mentre può essere motivo di attribuzione di punteggio premiale l'assolvimento di tali obblighi anche "nell'ultimo triennio"<sup>151</sup>;

- e) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'art. 7, D.Lgs. 30 dicembre 2016, n. 254. Si tratta di una **dichiarazione volontaria** resa da soggetti che per ambito di attività e/o per dimensioni non sono obbligati a redigerla ai sensi del richiamato decreto sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e gruppi di grandi dimensioni. Tale dichiarazione riguarda temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani o alla lotta contro la corruzione, che sono rilevanti tenuto conto delle attività e delle caratteristiche dell'impresa, fornendo informazioni riguardanti, ad esempio: l'utilizzo di risorse energetiche e l'impiego di risorse idriche; aspetti sociali e attinenti alla gestione del personale, incluse le azioni poste in essere per garantire la parità di genere e le modalità con cui è realizzato il dialogo con le parti sociali o il rispetto dei diritti umani e le misure adottate per prevenirne le violazioni.

Il co. 8 demanda poi a delle linee guida ministeriali, da adottarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto, la definizione delle modalità e dei criteri applicativi, l'indicazione delle misure premiali e perfino la predisposizione di modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto. Le Linee guida sono state effettivamente adottate con un decreto del 7 dicembre 2021<sup>152</sup> e riportano, fra l'altro, alcuni esempi di possibili criteri di valutazione, indicando per ciascuno anche delle ipotesi di modalità di attribuzione del punteggio. È interessante notare che tali modalità sono tutte di tipo automatico/tabellare e, dunque, che i criteri in questione sono tutti riconducibili al modello dei criteri on/off<sup>153</sup>, tipico per valutare aspetti come il possesso di certificazioni e la presenza o assenza di determinati elementi (come la presenza nell'organico aziendale del *disability manager* o l'assenza di verbali di discriminazione di genere).

Tra i vari criteri proposti, vi è anche quello della natura di cooperativa sociale di tipo B dell'impresa, ma solo nell'ipotesi in cui le persone con disabilità impiegate dalla cooperativa costituiscano almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e, dunque, al netto delle

<sup>151</sup> Piuttosto, è la previsione di cui al co. 4 secondo la quale l'aver assolto al momento della presentazione dell'offerta agli obblighi di cui alla L. n. 68/1999 sia un requisito necessario dell'offerta a sovrapporsi almeno in parte con l'art. 80, co. 5, lett. i), del Codice, secondo cui è causa di esclusione dalla procedura l'omessa presentazione della certificazione di cui all'art. 17 della L. n. 68/1999, ovvero non autocertificarsi la sussistenza del medesimo requisito.

<sup>152</sup> Linee Guida per favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, approvate con decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le pari opportunità del 7 dicembre 2021, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana 30 dicembre 2021, n. 309.

<sup>153</sup> Su cui si veda il par. 3.6.

altre categorie di lavoratori "svantaggiati" previste dall'art. 4 della L. 8 novembre 1991, n. 381, quali tossicodipendenti e detenuti.

**LE FONTI – Un estratto degli esempi di possibili criteri di valutazione forniti dalle Linee guida per favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC**

criterio di valutazione	Ipotesi di modalità di attribuzione del punteggio
Natura di cooperativa sociale dell'impresa ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. b), della L. 8 novembre 1991, n. 381, a condizione che le persone con disabilità impiegate siano almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa (al netto cioè delle altre categorie di lavoratori "svantaggiati" di cui all'art. 4 della L. n. 381/1991.	50% = Y + X p ≥ 30% = Y p < 30% = 0 p
Imprese o start-up di cui siano titolari persone con disabilità o di cui la maggioranza dei soci siano persone con disabilità o che abbiano persone con disabilità nel ruolo di presidente, amministratore delegato, direttore generale.	Si = X p No = 0 p
Impiego o assunzione di persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge.	X p per ogni unità eccedente l'obbligo minimo di legge.
Assenza di verbali di discriminazione di genere. Sarà valutata l'assenza, nei 3 anni antecedenti la data di presentazione dell'offerta, di verbali di conciliazione extragiudiziale per discriminazione di genere artt. 37-41 del D.Lgs. n. 198/2006 con Ufficio Consigliera di parità.	Si = X p No = 0 p
Adozione di strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro che prevedano: a) asilo nido aziendale /territoriale convenzionato inclusivo; b) misure di flessibilità oraria in entrata, uscita, roll up; c) telelavoro o smart working; d) part-time, aspettativa per motivi personali; e) integrazione economica a congedi parentali; f) benefit di cura per infanzia e anziani/disabili non autosufficienti e loro familiari; g) sportello informativo su non discriminazione/pari opportunità/inclusione persone con disabilità; h) forme di comunicazione esterna e interna o aziendale (intranet) accessibile; i) formazione sui temi delle pari opportunità e non discriminazione e della inclusione delle persone con disabilità; j) adesione a network territoriali per la parità; k) identificazione di una figura aziendale per le politiche anti-discriminatorie (ad esempio il diversity manager); l) attuazione di accomodamenti ragionevoli finalizzati alla inclusione delle persone sorde (servizi-ponte); m) adozione di servizi di sicurezza sul lavoro specificamente rivolti alle persone con disabilità.	Adozione di: meno di 4 strumenti = 0 p fra 4 e 6 strumenti = Yp 7 o più strumenti = Xp Nel caso di partecipazione di RTI o consorzi verrà attribuito il punteggio in proporzione alla quota di esecuzione del servizio di ciascuna impresa del RTI
Imprese o cooperative sociali il cui direttivo è costituito per la maggioranza da giovani tra i 18 e i 35 anni	Si = X p No = 0 p

[segue]

Critero di valutazione	Ipotesi di modalità di attribuzione del punteggio
Adozione di un welfare aziendale orientato a fornire sostegno ai giovani dipendenti attraverso i seguenti interventi: a) adozione di misure idonee a favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro; b) adozione di una formazione professionale dedicata ai giovani dipendenti, con l'attivazione di percorsi formativi specifici per l'inserimento nel contesto aziendale delle nuove figure professionali e per l'aggiornamento costante delle risorse presenti; c) adozione di una formazione professionale dedicata ai giovani dipendenti, con l'attivazione di corsi finalizzati a promuovere la <i>cybersecurity</i> , l'acquisizione di <i>digital skills</i> e l'utilizzo consapevole e responsabile delle piattaforme digitali.	Adozione di 2 interventi: $Y_p$ Adozione di 1 intervento: $Z_p$ Adozione di 0 interventi: $O_p$
Dimostrazione che la propria attività aziendale ha prodotto un beneficio specifico sui giovani di età inferiore a 36 anni. La valutazione dell'impatto generato deve essere prodotta utilizzando lo standard di valutazione esterno di cui all'Allegato n. 4 alla L. 28 dicembre 2015, n. 308 (Legge di stabilità 2016) <sup>154</sup> .	$Si = X p$ $No = 0 p$

Le Linee guida prevedono, infine, un diverso peso nell'ambito complessivo dei criteri di valutazione dell'appalto per le clausole di premialità in questione, in relazione alla componente di lavoro femminile e giovanile nel settore economico di attività prevalente per l'impresa. Ad esempio, si prevede che il peso delle clausole non sia inferiore al 4% del punteggio tecnico nel caso di componente di lavoro femminile inferiore al 10% nel settore economico di attività prevalente per l'impresa e che non sia inferiore al 2% nel caso di componente di lavoro giovanile inferiore al 20%. Non viene specificato espressamente, ma è da ritenersi che tale ultima indicazione vada rispettata solo con riferimento alle clausole volte a favorire, rispettivamente, l'occupazione femminile e giovanile. La percentuale di punteggio da destinare alle clausole si riduce all'aumentare della percentuale della componente del lavoro rilevante nel settore, rivelando che la specificazione relativa al peso è volta non a rendere la misura proporzionale allo stato del settore in cui opera l'impresa, ma al contrario a rafforzarne l'incisività nei settori in cui risultati maggiormente necessario un intervento.

L'art. 47-*quater*, invece, introdotto in sede di conversione, prevede che, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità, le procedure PNRR possano prevedere criteri premiali atti ad agevolare le **piccole e medie imprese** nella valutazione dell'offerta. Si è già accennato che tale previsione risulta sostanzialmente riprodotiva del contenuto dell'art. 95, co. 13, del Codice e, dunque, di scarsa portata innovativa<sup>155</sup>.

Il successivo art. 48, rubricato "*Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC*", prevede, invece, un punteggio premiale, sempre facoltativo per le

<sup>154</sup> Si tratta dello standard di valutazione esterno utilizzato dalle società *benefit*.

<sup>155</sup> Cfr. par. 3.5.

stazioni appaltanti (anche qui si usa la formula “*possono prevedere*”), per l'utilizzo nella progettazione dei metodi e degli strumenti elettronici specifici di cui all'art. 23, co. 1, lett. h), del Codice.

La previsione richiamata indirizza la progettazione, fra l'altro, verso la razionalizzazione delle attività e delle connesse verifiche, attraverso il progressivo uso di metodi e di strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture. Si tratta dell'ormai celebre **Building Information Modeling (BIM)**, ovvero sia di un metodo per ottimizzare la progettazione e realizzazione di una costruzione con un software, raccogliendo tutti i dati rilevanti e combinandoli digitalmente in un modello virtuale.

Il co. 13 dell'art. 23 prevede poi che le stazioni appaltanti (solo quelle dotate di personale adeguatamente formato) possano richiedere l'uso di tali metodi e strumenti elettronici specifici e rinvia a un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per la definizione delle modalità e dei tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi. In attuazione di tale disposizione è stato adottato il D.M. 1° dicembre 2017, n. 560 (c.d. *decreto BIM*), che ha definito i tempi per la progressiva obbligatorietà dell'utilizzo del metodo BIM negli appalti pubblici di opere edilizie e infrastrutture: a partire dall'anno 2019 per le gare di valore pari o superiore a 100 milioni di euro, importo che diminuisce progressivamente fino a raggiungere un milione di euro nel 2025. Dal 1° gennaio 2021, il valore sopra il quale le metodologie BIM sono obbligatorie è di 15 milioni di euro.

L'art. 48, co. 6, del D.L. PNRR-Semplificazioni, prosegue riprendendo dall'art. 23 del Codice la clausola per cui gli strumenti BIM, in questo caso per essere valutati per l'attribuzione del punteggio premiale, devono utilizzare piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti.

Per le regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e strumenti elettronici, il decreto rinvia all'adozione di un provvedimento del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS, ex MIT). Soli due giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della legge di conversione del D.L. Semplificazioni-PNRR, è stato dunque adottato il decreto MIMS 2 agosto 2021, n. 312, che modifica il già richiamato D.M. n. 560/2017, inserendo l'art. 7-bis, rubricato “*Punteggi premiali*”, il quale fornisce alle stazioni appaltanti un elenco di criteri per attribuire punteggi premiali per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici. Si tratta di un elenco meramente esemplificativo.

### LE FONTI – Il nuovo art. 7-bis del decreto BIM (D.M. n. 560/2017)

#### Art. 7-bis

#### *Punteggi premiali*

1. Le stazioni appaltanti possono introdurre, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione dell'offerta e nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 95 del medesimo Codice, punteggi premiali per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare, a titolo esemplificativo:

- a) proposte metodologiche per integrare gli aspetti di gestione del progetto con la gestione della modellazione informativa;
- b) proposte metodologiche per l'implementazione dell'offerta di gestione informativa e del piano di gestione informativa in relazione alle esigenze di cantierizzazione, anche con strumenti innovativi di realtà aumentata e di interconnessione tra le entità presenti in cantiere;
- c) proposte metodologiche volte a consentire un'analisi efficace dello studio, tra l'altro, di varianti migliorative e di mitigazione del rischio;
- d) proposte che consentano alla stazione appaltante di disporre di dati e informazioni utili per l'esercizio delle proprie funzioni ovvero per il mantenimento delle caratteristiche di interoperabilità dei modelli informativi;
- e) previsione di modalità digitali per la tracciabilità dei materiali e delle forniture e per la tracciabilità dei processi di produzione e montaggio, anche ai fini del controllo dei costi del ciclo di vita dell'opera;
- f) proposte volte ad utilizzare i metodi e gli strumenti elettronici per raggiungere obiettivi di sostenibilità ambientali anche attraverso i principi del *green public procurement*;
- g) previsione di strumenti digitali per aumentare il presidio di controllo sulla salute e sicurezza dei lavori e del personale coinvolto nell'esecuzione;
- h) previsione di modelli digitali che consentano di verificare l'andamento della progettazione e dei lavori e/o che consentano di mantenere sotto controllo costante le prestazioni del bene, compresi i sistemi di monitoraggio e sensoristica.

2. Ulteriori criteri premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente che impieghi metodi e strumenti digitali che consentano alla stazione appaltante di monitorare, in tempo reale, l'avanzamento del cronoprogramma e dei costi dell'opera.

Si tratta di una serie di spunti interessanti per le stazioni appaltanti, la cui fattibilità in concreto però è tutta da verificare, anche sotto il profilo della comparazione di offerte che hanno introdotto gli aspetti BIM richiesti dai criteri con altre che – giacché non si tratta di elementi necessari dell'offerta – abbiano deciso di fare a meno del relativo punteggio premiale. La criticità della previsione sta, in effetti, proprio nell'ulteriore aggravio per le stazioni appaltanti che potrebbero essere portate a non inserire i criteri BIM al solo fine di evitare di dover affrontare la complessità che ne deriva.

Infine, nel contesto dell'attuazione del PNRR sono state adottate – sempre in tema di criteri di aggiudicazione – anche alcune modifiche al testo del Codice dei contratti pubblici. In particolare, come si è già anticipato, è stato modificato l'art. 95, co. 13, introducendo, accanto agli altri criteri premiali ivi previsti, anche l'adozione da parte dell'operatore di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, comprovata dal possesso del-

la relativa certificazione<sup>156</sup>. Anche tale novità può essere ricondotta tra quelle derivanti dall'attuazione del PNRR, in quanto l'attivazione di un Sistema nazionale di certificazione della parità di genere è tra gli interventi previsti<sup>157</sup>.

A differenza, però, dell'art. 47 del D.L. n. 77/2021, che si applica espressamente solo agli appalti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, la previsione relativa al possesso della certificazione della parità di genere si innesta proprio all'interno del testo del Codice dei contratti pubblici e deve quindi ritenersi parte della disciplina generale di tutte le gare d'appalto.

Infine, **non ci si può non confrontare brevemente con la nuova legge delega in materia di contratti pubblici**, la L. 21 giugno 2022, n. 78. In realtà, tra i principi e i criteri direttivi della delega al Governo per l'adozione entro sei mesi di uno o più decreti legislativi "*recanti la disciplina dei contratti pubblici*", non vi è nulla di particolarmente innovativo sotto il profilo dei criteri di aggiudicazione. Nella discussione alla Camera dei deputati è stato tuttavia approvato un emendamento che ha inserito – nella medesima lettera relativa alla suddivisione in lotti – la previsione non del tutto chiara di "*criteri premiali per l'aggregazione di impresa*" con la finalità di favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese<sup>158</sup>.

Un ulteriore criterio direttivo che prevedeva l'inserimento nei bandi di gara di criteri premiali di tipo sociale (stabilità occupazionale, applicazione dei CCNL e pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate) è stato invece emendato, eliminando il riferimento ai criteri e prevedendo in relazione a tali aspetti solo l'inserimento di requisiti necessari dell'offerta. In realtà, probabilmente per un difetto di coordinamento, nel punto sulle pari opportunità e l'inclusione lavorativa rimane il riferimento nel testo a strumenti di premialità. In effetti, se per la stabilità occupazionale e l'applicazione dei CCNL ha poco senso il meccanismo dei criteri premiali, risultando molto più pertinente la previsione di requisiti necessari di ogni offerta, aspetti come le pari opportunità e l'inclusione lavorativa si prestano bene all'inserimento in criteri premiali<sup>159</sup>, in quanto vi sono sempre ampi margini di miglioramento oltre gli standard minimi.

### 3.9. Le varianti nell'offerta tecnica

Un'ulteriore modalità di cui le stazioni appaltanti dispongono per attribuire punteggio alle offerte tecniche è quella di autorizzare o anche di richiedere la presentazione di

<sup>156</sup> La modifica è stata introdotta dall'art. 34 del D.L. 30 aprile 2022, n. 36 (*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*), conv. con mod. dalla L. 29 giugno 2022, n. 79.

<sup>157</sup> Si tratta dell'Investimento 1.3, Missione 5. L'attivazione del Sistema nazionale di certificazione della parità di genere è parte del Piano strategico nazionale per la parità di genere previsto dalla Legge di bilancio 2022 (art. 1, co. 139-147, della L. 30 dicembre 2021, n. 234).

<sup>158</sup> La modifica è stata sostenuta dalla CISL, che nella sua audizione alla Camera dei deputati del 14 aprile 2022 ha sostenuto che si trattasse di un modo per «*cogliere l'opportunità per qualificare e rafforzare il mercato*».

<sup>159</sup> Si veda in merito il par. 3.5. sulla recente modifica dell'art. 95, co. 13.

varianti, che hanno il pregio di consentire un'ampia espressione della creatività e della capacità progettuale dei concorrenti, fornendo alla stazione appaltante soluzioni anche innovative non inserite nel progetto originario. Si tratta, però, di un istituto scivoloso che può celare insidie per gli operatori.

In linea generale, negli appalti pubblici vige il principio della non modificabilità del progetto posto a base di gara: è il progetto a rappresentare le esigenze dell'amministrazione e discostarsene in modo incisivo può anche determinare l'esclusione dell'offerta. Inoltre, anche nel caso in cui la stazione appaltante apprezzi le modifiche apportate su iniziativa di uno dei concorrenti, vi sarebbe una violazione del principio di parità di trattamento, in quanto anche gli altri avrebbero potuto prevederne, se fossero stati a conoscenza dell'apertura della stazione appaltante in tal senso.

La possibilità (o l'obbligo) di offrire vere e proprie varianti, dunque, deve essere prevista nella documentazione di gara, al fine di consentire a tutti i concorrenti di gareggiare ad armi pari. In mancanza di un'**espressa indicazione** in tal senso della stazione appaltante - chiarisce l'art. 95, co. 14, del Codice - le varianti non sono autorizzate. La stazione appaltante, nel redigere il bando, deve dunque valutare se vi siano aspetti del progetto per i quali sia plausibile trovare sul mercato delle soluzioni diverse da quelle proposte dal proprio progettista e che non vuole precludersi di valutare. Ovviamente, le varianti devono comunque essere collegate all'oggetto dell'appalto e non devono comportare lo stravolgimento dei contenuti sostanziali posti a base di gara.

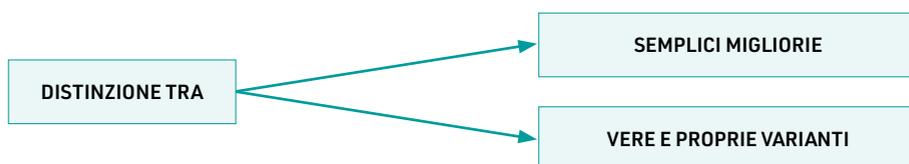
L'art. 95 detta alcune regole per la richiesta e la presentazione di varianti. In particolare, le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti devono indicare nei documenti di gara i **requisiti minimi** per le varianti stesse e le modalità specifiche per la loro presentazione. Le stazioni appaltanti devono, inoltre, garantire che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti. Con specifico riferimento agli appalti pubblici di forniture o di servizi, la disposizione precisa che, nel caso in cui si sia autorizzata o richiesta la presentazione di varianti, non si può escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, un appalto di servizi anziché di forniture o un appalto di forniture anziché di servizi.

La stazione appaltante deve quindi innanzitutto individuare e circoscrivere gli ambiti progettuali che possono essere oggetto di varianti, autorizzando espressamente i concorrenti a proporre solo su di essi soluzioni diverse da quelle previste nel progetto a base d'appalto, che, diversamente, non potrebbero essere modificate. Deve poi fissare le modalità di presentazione, da parte del concorrente, delle varianti progettuali autorizzate, in modo tale che queste si inseriscano quale parte integrante e sostanziale del progetto e siano compatibili e coerenti con esso, eventualmente sovrapponendosi perfettamente alle originarie previsioni progettuali sostituite, al fine di non lasciare aree di indeterminatezza nel progetto. Sotto tale profilo, fra le modalità di presentazione delle varianti è opportuno che l'amministrazione precisi anche tutti gli elaborati tecnico-economici che dovranno corredare ciascuna variante proposta, quali elenchi descrittivi delle voci, dei

computi metrici estimativi, e quant'altro sia necessario ad assicurare, anche in fase di esecuzione del contratto, che la variante progettuale non dia luogo a dubbi interpretativi o a difficoltà di contabilizzazione delle opere.

Dal punto di vista del concorrente, è importante tenere a mente che solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici potranno essere prese in considerazione. Nel proporre la variante, gli offerenti dovranno esprimere le ragioni che giustificano la proposta, dando prova che la soluzione rispetta il progetto e le esigenze della stazione appaltante<sup>160</sup>. Al contempo, però, la stazione appaltante è tenuta a prendere in considerazione la variante, se questa rispetta le prescrizioni di legge.

Poiché, come si è visto, in mancanza di un'espressa autorizzazione, la presentazione di varianti sul progetto posto a base di gara non è consentita, una delle questioni più rilevanti e spinose è quella della **distinzione tra vere e proprie varianti e semplici migliorie**.



La rilevanza della problematica deriva appunto dalla circostanza per cui le varianti, che costituiscono vere e proprie modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, devono pertanto essere espressamente autorizzate, mentre le semplici migliorie possono liberamente esplicitarsi negli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni, sulla base del progetto posto a base di gara e sempre senza modificarlo<sup>161</sup>. Anche nella presentazione di migliorie, comunque, il concorrente deve rispettare le prescrizioni del disciplinare di gara e descrivere la proposta in modo chiaro e dettagliato, per consentire alla commissione di valutarle correttamente.

#### CASO PRATICO – Le migliorie non sufficientemente dettagliate

In una gara per i lavori di messa in sicurezza di alcune strade, il disciplinare di gara stabiliva che tutte le soluzioni e le proposte dovessero «*essere dettagliatamente individuate con elaborati grafici allegati e da ulteriore documentazione tecnica volta a dimostrare l'effettivo beneficio delle migliorie al progetto esecutivo approvato. Tale documentazione di dettaglio dovrà essere tale da consentire un livello di progettazione esecutivo*». In primo grado era stata disposta una verifica il cui esito era stato che per almeno tre delle migliorie proposte dall'aggiudicatario, gli elaborati tecnici prodotti non erano sufficienti a dimostrare l'effettivo beneficio per il progetto. Il Consiglio di Stato ha dunque confermato che a tali migliorie non

<sup>160</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5655.

<sup>161</sup> La giurisprudenza da tempo ritiene che «*le soluzioni migliorative sono consustanziali alle procedure di affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*» (Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160).

avrebbe dovuto essere assegnato alcun punteggio e che non era possibile ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto la produzione di un documento tecnico inadeguato non può essere qualificata come "carezza di un elemento formale dell'offerta", ma costituirebbe una non consentita riammissione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti nella gara (Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030).

In assenza di definizioni chiare all'interno del Codice, la giurisprudenza si è espressa di frequente sulla questione della distinzione tra varianti e migliorie, ma rimane comunque spesso difficile ascrivere una proposta di modifica progettuale all'una o all'altra categoria. Evidentemente, il rischio per il concorrente è quello di proporre una soluzione all'amministrazione, nella convinzione di presentare una miglioria consentita, per ritrovarsi poi escluso dalla gara perché la stazione appaltante la considera, invece, una variante non autorizzata che rende l'offerta non conforme al progetto. L'operatore dovrà quindi bilanciare, volta per volta, il vantaggio in termini di punteggio che potrebbe conseguire presentando la proposta migliorativa – ma anche il risparmio economico che ne potrebbe in alcuni casi derivare quando la proposta si basa su prassi collaudate dell'azienda proponente – con il rischio di sfiorare nell'ambito delle varianti non autorizzate.

Sul punto, la giurisprudenza ripete tralasciamente ormai da diversi anni che le varianti si sostanziano in «*modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale*», mentre le migliorie possono «*liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara*»<sup>162</sup> e oggetto di valutazione, salva l'immodificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite.

In tale contesto, le migliorie (indicate anche con la formula «*proposte migliorative*» o con locuzioni simili) non incidono «*sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara*», ma «*investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera*» per rendere il progetto «*meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste*»<sup>163</sup>. Si è dunque ritenuto che, in definitiva, la differenza tra varianti e migliorie apportate dall'impresa al progetto posto a base di gara sia individuabile nell'«*intensità*» e nel «*grado*» delle modifiche introdotte<sup>164</sup> e si considerano migliorie quelle relative alle modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto<sup>165</sup>.

Come si vede, però, da tale ricostruzione per linee generali effettuata dalla giurisprudenza non si traggono indicazioni sufficientemente rassicuranti per gli operatori, restando necessaria una valutazione caso per caso, anche su profili tecnici specialistici. Non a

<sup>162</sup> Si veda, tra le tantissime, Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2021, n. 5447, e i numerosi precedenti ivi elencati.

<sup>163</sup> Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2969.

<sup>164</sup> Così TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 maggio 2020, n. 653.

<sup>165</sup> TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 luglio 2021, n. 1257. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello avverso la sentenza.

caso, infatti, durante i giudizi vengono spesso disposte verificazioni o consulenze tecniche d'ufficio<sup>166</sup> proprio in relazione all'esigenza di qualificare una proposta come migliore o come variante.

In questi casi, poi, salvo eccezioni, il giudice si basa sulle risultanze istruttorie per decidere. Ad esempio, nel caso di una proposta di coprire un edificio scolastico con una tettoia di rilevanti dimensioni in acciaio, il CTU nominato dal TAR ha concluso che la tettoia non incidesse in modo significativo sulla struttura a sollecitazioni sismiche in presenza di isolanti, che il suo effetto sulla statica e sulla dinamica dell'edificio fosse trascurabile e non richiedesse né una modifica sostanziale dei calcoli strutturali elaborati con riferimento al progetto posto a base di gara né ulteriori richieste di pareri alle amministrazioni competenti (non esistendo nella Regione Molise l'istituto dell'autorizzazione sismica). La tettoia è stata quindi considerata, in base alla relazione del CTU, non una variante, ma una migliore ammissibile<sup>167</sup>.

A prescindere dalla nomina o meno di un consulente o di un verificatore, la casistica è estremamente variegata.

#### **CASO PRATICO – Esempi di proposte considerate semplici migliorie o vere e proprie varianti**

Sono state considerate semplici migliorie:

- l'inserimento di una rotatoria per l'attraversamento di una pista ciclabile, visto che fra i criteri di valutazione ve ne era uno che premiava gli interventi volti ad armonizzare le componenti visibili, funzionali e della sicurezza della pista ciclabile (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 luglio 2021, n. 1257)<sup>168</sup>;
- la realizzazione della deviazione provvisoria del traffico veicolare di una strada su un tratto di viabilità provvisoria appositamente eseguito, per evitare la chiusura della strada provinciale ovvero il senso unico alternato durante i lavori, in quanto coerente con l'obiettivo di non chiudere al traffico la strada oggetto di valutazione ai sensi del bando di gara (Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2021, n. 5447);
- la realizzazione di setti in cemento armato negli spigoli di una palestra, anziché dei pilastri previsti dal progetto e, per le fondazioni, un sistema di plinti del tutto differente da quello del progetto esecutivo, visto che la soluzione prevedeva un alleggerimento della copertura, che era oggetto di un apposito sub-criterio (Cons. Stato, Sez. V, 3 marzo 2021, n. 1808);
- l'eliminazione dei capo-chiave metallici in facciata e della sottostruttura metallica dei solai, sostituiti con un massetto armato con rete elettrosaldata, in quanto l'intervento risultava coerente con i lavori per i quali era stato bandito l'appalto

<sup>166</sup> Disciplinate rispettivamente dagli artt. 66 e 67 del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

<sup>167</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793.

<sup>168</sup> Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello avverso la sentenza.

- e con la tipologia e la funzione del progetto posto a base di gara, di cui era interessato un singolo aspetto tecnico (Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282);
- la fornitura di un impianto fisso antincendio automatico in una gara per l'affidamento del servizio di assistenza antincendio, in quanto permetteva di realizzare obiettivi che la stazione appaltante comunque si prefiggeva, anche se in tempi più lunghi, senza apportare modifiche progettuali (Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8180).

Sono invece state ritenute vere e proprie varianti (nei casi esaminati dalla magistratura amministrativa evidentemente non autorizzate dalla documentazione di gara):

- il rinforzo della struttura portante in muratura con intonaco armato realizzato mediante l'applicazione di un sistema costituito da una malta premiscelata monocomponente fibrorinforzata, collegando le fondazioni esistenti tramite un vespaio areato in calcestruzzo armato con casseri in propilene riciclato, alleggerendo i carichi permanenti mediante la sostituzione dei solai di piano con solai costituiti da travi in acciaio e tavelloni interposti di alleggerimento con sovrastante recupero in argilla espansa a grani e caldaia in calcestruzzo armato e modificando la copertura mediante la realizzazione di un'orditura di moraletti in castagno, sui quali legare un manto di tegole marsigliesi, soluzione alternativa rispetto all'integrazione/sostituzione della struttura portante in muratura con una struttura in carpenteria metallica interna all'edificio esistente, con la demolizione delle pareti interne in elevazione e dei solai esistenti, lasciando in piedi l'intero involucro esterno, e la realizzazione di una nuova struttura portante costituita da telai in acciaio controventati e con orizzontamenti in lamiera metallica e soletta collaborante, con una nuova fondazione costituita da travi in calcestruzzo armato, in quanto la descrizione dei due progetti ne denotava una notevole differenza, sia laddove l'amministrazione richiedeva la demolizione delle pareti interne, prodromica a un nuovo utilizzo degli spazi, sia nelle modalità realizzative in cui vi era la preferenza per un maggiore uso di materiale metallico e la realizzazione di una nuova fondazione (TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 marzo 2020, n. 453);
- la fornitura di montacarichi ad azionamento di tipo elettrico o a trazione, composto da un argano elettrico ed un sistema di pulegge e funi di trazione, invece di montacarichi ad azionamento di tipo oleodinamico, in quanto la modifica determinava una riduzione della potenza dei montacarichi e si palesava completamente difforme rispetto alle specifiche tecniche di riferimento, stante la diversità dei componenti oggetto della fornitura e l'alterazione degli aspetti costruttivi definiti negli atti progettuali, anche riguardo ai profili inerenti alle strutture e alle dimensioni dei montacarichi rispetto agli edifici in cui andavano installati (Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873);
- la realizzazione di un solaio a lastra con armatura monodirezionale, che avrebbe scaricato gli sforzi prima sulla trave, quindi sui pilastri e infine sulle fonda-

zioni, invece di un solaio costituito da un getto monolitico di calcestruzzo armato in cui la struttura è in grado di trasmettere e distribuire carichi bidirezionali direttamente ai pilastri e da questi alle fondazioni, e la realizzazione di travi con ala inferiore in ferro e schema statico in semplice appoggio, invece di travi in cemento armato e vincolate rigidamente agli estremi, in quanto la modifica determinava un ricalcolo della struttura progettata, unitamente all'ottenimento delle prescritte autorizzazioni (TAR Umbria, Sez. I, 6 ottobre 2017, n. 620).

Come si vede, la qualificazione delle modifiche come varianti o migliorie implica valutazioni complesse e di natura estremamente tecnica, da compiere caso per caso in base all'oggetto del contratto. Inoltre, nel decidere se una proposta costituisca una miglioria o una variante risulta assolutamente dirimente l'analisi della documentazione di gara e, in particolare, del progetto o del capitolato, al fine di comprendere quale sia l'intendimento della stazione appaltante nel caso specifico.

### 3.10. Il divieto di valutare opere aggiuntive

Tra i limiti che incontra la stazione appaltante nell'impostare la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti, vi è il divieto di attribuire punteggio per l'offerta di "opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta". Tale divieto, relativo agli appalti aggiudicati in base al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, è stato introdotto dal decreto Correttivo del Codice<sup>169</sup>, in un nuovo co. 14-bis dell'art. 95.

La disposizione, pur collocandosi nel medesimo solco del divieto di varianti non autorizzate, riguarda modifiche in senso soprattutto **quantitativo** del progetto posto a base di gara, come può avvenire, ad esempio, con l'attribuzione di punteggio ad ogni chilometro di strada in più che il concorrente si offre di realizzare rispetto a quelli richiesti dal progetto.

L'ANAC sul punto ha rilevato che la norma è volta ad impedire alla stazione appaltante di stimolare un confronto competitivo su varianti di tipo meramente quantitativo, che potrebbero danneggiare la qualità della prestazione principale e realizzare la preoccupazione manifestata dalla stessa Autorità con riferimento a varie tipologie di criteri di veder trasformare la valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo in una valutazione meramente economica<sup>170</sup>. In effetti, è innegabile che, se ad un costo di  $x$ , derivante da un ribasso sulla base d'asta per cui il concorrente riceve già il punteggio per l'offerta economica, che non può superare il 30% del totale, il concorrente offre anche di svolgere una quantità aggiuntiva della prestazione (chilometri in più di pista ciclabile, piani in più di un palazzo, ecc.), allora è come se la quantità di opera originariamente richiesta dalla stazione appaltante costasse ancora di meno, giacché ne acquista di più allo stesso prezzo. In altri termini, valutare l'aggiunta di opere dal punto di vista quantitativo nell'offerta

<sup>169</sup> D.Lgs. n. 56/2017.

<sup>170</sup> ANAC, Linee guida n. 2, par. II.

tecnica equivale ad inserire un ulteriore **elemento di valutazione economica**, anche se al di fuori dell'offerta economica in senso stretto, andando sostanzialmente ad aggirare il tetto massimo di punteggio previsto per l'elemento prezzo<sup>171</sup>.

Alla *ratio* di evitare stravolgimenti del progetto a base di gara, per tutelare la *par condicio* tra i concorrenti e le esigenze della stazione appaltante, che accomuna il divieto di opere aggiuntive a quello di varianti non consentite, si aggiunge, quindi, una finalità rafforzata di non trasferire la valutazione qualitativa su un piano meramente economico. Come ha sottolineato, però, anche il Consiglio di Stato, si tratta dell'ennesimo limite posto alla stazione appaltante che rende difficoltosa l'enucleazione in concreto di criteri per valutare le offerte<sup>172</sup>.

Da un punto di vista applicativo, la previsione si rivolge alle stazioni appaltanti, precludendo loro di attribuire punteggio alle opere aggiuntive, ma non sanziona con l'esclusione dalla gara l'impresa che abbia proposto opere aggiuntive rispetto a quelle oggetto di gara<sup>173</sup>.

La questione che ha maggiormente occupato la giurisprudenza con riferimento al divieto di opere aggiuntive è quella della sua applicabilità anche ai servizi. In questo ambito, ad esempio, vi sono bandi che assegnano un punteggio all'offerta di ore aggiuntive di assistenza alle persone con disabilità o a un orario prolungato di assistenza tramite *call-center* e via dicendo.

Attualmente il contrasto iniziale nella giurisprudenza<sup>174</sup> sembra essersi risolto nel senso di una **mancata estensione del divieto ai servizi**, giustificata soprattutto con riferimento al dato letterale della previsione, riconducibile esclusivamente ai lavori (si parla, infatti, di "*opere*" e di "*progetto esecutivo*"). Ma la giurisprudenza sottolinea anche la differenza di fondo tra i lavori e i servizi, per cui i primi si contraddistinguerebbero per la nozione stessa di "*opera*", definita dall'art. 3, co. 1, lett. *pp*), del Codice, come «*il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica*», da realizzare sulla base del progetto predisposto dalla stazione appaltante, «*mentre i servizi consistono in prestazioni di fare che possono avere contenuto svariato e in cui il carattere accessorio ed aggiuntivo di alcune di esse, secondo valutazioni di carattere ampiamente discrezionale, contribuiscono comunque a soddisfare gli interessi dell'amministrazione insieme alle prestazioni di carattere principale*»<sup>175</sup>. Si tratta di una motivazione meno convincente di quella relativa al tenore letterale del co. 14-*bis*, ma che comunque riscuote un discreto successo anche tra i giudici di primo grado<sup>176</sup> e rassicura le stazioni appaltanti nell'attribuire punteggio a elementi aggiuntivi negli appalti di servizi.

<sup>171</sup> Di cui si è parlato al par. 2.4.

<sup>172</sup> Così nel parere reso sull'aggiornamento delle Linee guida n. 2 dell'ANAC al correttivo (Cons. Stato, comm. spec., 13 aprile 2018, n. 966).

<sup>173</sup> TAR Molise, Sez. I, 14 ottobre 2019, n. 340.

<sup>174</sup> Per una diversa impostazione, si veda, ad esempio, TAR Umbria, Sez. I, 8 novembre 2018, n. 581.

<sup>175</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534.

<sup>176</sup> Tra le varie, cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, 11 febbraio 2020, n. 33 e, da ultimo, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 20 agosto 2021, n. 1590.

### 3.11. La contestazione dei criteri di valutazione

Le decisioni della stazione appaltante in merito ai criteri con cui attribuire il punteggio alle offerte tecniche dei concorrenti e al peso relativo da attribuire a ciascuno di tali criteri rivestono **carattere discrezionale**, con i limiti che ne derivano per il sindacato giurisdizionale. Ciò non significa che tali decisioni non possano mai essere contestate con successo dinanzi al giudice amministrativo, ma che ogni contestazione in merito deve superare lo scoglio di un severo vaglio di ammissibilità. Occorre infatti dimostrare che non si sta chiedendo al giudice di sostituirsi alla stazione appaltante, ma che i vizi lamentati sono tali da essere comunque apprezzabili senza invadere la sua sfera di discrezionalità, come nei casi di decisioni:

- manifestamente illogiche o irrazionali;
- fondate su palesi e manifesti travisamenti dei fatti;
- inficiate da macroscopiche contraddittorietà o incongruenze;
- che individuino criteri non trasparenti o non intellegibili<sup>177</sup> o la cui formulazione determini applicazioni distorte.

Vi è poi la questione del momento in cui si possa (o si debba) procedere all'impugnazione del criterio di valutazione ritenuto illegittimo. Tale momento va identificato applicando il principio per cui, a meno che il criterio scelto dalla stazione appaltante non sia tale da impedire al concorrente la stessa formulazione e l'utile presentazione dell'offerta, esso può essere oggetto di impugnazione **solo unitamente al provvedimento lesivo**, cioè all'aggiudicazione della procedura ad un altro concorrente.

Si tratta di un principio – corollario dei principi generali del processo amministrativo in tema delle c.d. condizioni dell'azione – che negli appalti pubblici vige in termini generali nel senso di consentire (e di imporre) l'immediata impugnazione solo delle clausole immediatamente escludenti o tali da rendere la partecipazione particolarmente difficile e gravosa. Un esempio tipico della prima fattispecie è quello dei requisiti di partecipazione, il cui mancato possesso impedisce la presentazione dell'offerta e che sono dunque, almeno nel caso in cui siano di interpretazione univoca, immediatamente lesivi per l'operatore economico. La seconda fattispecie è di interpretazione più complessa, ma può ricorrere, ad esempio, nei casi di condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale oggettivamente non conveniente o di bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come quelli relativi al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale che l'aggiudicatario dovrà assorbire) o che presentino formule matematiche del tutto errate, che non potranno che determinare esiti distorti a valle<sup>178</sup>.

Con riferimento alla scelta tra l'aggiudicazione in base al massimo ribasso o al miglior rapporto qualità/prezzo, si è già visto che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha

<sup>177</sup> Tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094 e Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026.

<sup>178</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018, *cit.*, contiene un elenco di esempi di clausole che possono essere considerate immediatamente lesive.

confermato che si tratta di clausole che devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo, ovverosia, appunto, all'aggiudicazione<sup>179</sup>. La sentenza ha anche ribadito che, anche con riferimento al criterio di aggiudicazione, soltanto chi abbia partecipato alla procedura di gara è legittimato ad impugnarne l'esito, a prescindere dall'interesse di fatto a che la competizione venga nuovamente bandita<sup>180</sup>.

Il ragionamento dell'Adunanza plenaria vale anche con riferimento ai singoli criteri di valutazione delle offerte tecniche. Con l'eccezione del caso molto raro in cui la formulazione del criterio sia davvero tale da non consentire la formulazione di un'offerta seria e attendibile, si tratta di clausole dei bandi che non richiedono (e non consentono) l'immediata impugnazione: *«le clausole che impongono l'immediata impugnazione della lex specialis della procedura sono, infatti, attinenti alla formulazione dell'offerta o alla previsione di requisiti soggettivi di partecipazione o impongono alle concorrenti oneri incomprensibili o abnormi; ma non riguardano i parametri di valutazione per attribuire i punteggi alle offerte tecniche, che non impediscono la partecipazione alla gara e la presentazione di un'offerta e vanno impugunate, a valle e all'esito della gara, con l'atto lesivo dell'interesse azionato (i.e.: l'aggiudicazione)»*<sup>181</sup>.

La regola è di agevole comprensione, ove si ragioni in termini di lesività attuale ed effettiva dell'atto impugnato: prima dell'aggiudicazione, anche se un criterio sfavorisce un concorrente (perché, ad esempio, premia una certificazione che egli non possiede o una lavorazione che egli non è in grado di offrire), egli in astratto potrebbe comunque risultare aggiudicatario in molteplici scenari: non vi sono altre offerte oppure tutte le altre vengono escluse oppure, più semplicemente, il concorrente riesce a conseguire un buon punteggio sugli altri criteri di valutazione e/o sull'offerta economica e a classificarsi primo in graduatoria, anche senza aver ottenuto il punteggio del criterio che egli ritiene illegittimo.

Anche con riferimento a censure relative, ad esempio, alla prevalenza di elementi quantitativi nei criteri di valutazione dell'offerta a scapito di quelli qualitativi si è ritenuto che il lamentato rischio *«di uno svilimento del criterio di aggiudicazione prescelto in ragione di un apprezzamento prevalentemente quantitativo dell'offerta a scapito del pregio qualitativo»* fosse *«valutabile semmai soltanto all'esito della gara»*<sup>182</sup>.

Pertanto, la presentazione di un motivo di ricorso avverso un criterio di valutazione nel termine per l'impugnazione del bando e prima dell'aggiudicazione della gara comporta, salvo le eccezioni già richiamate, una pronuncia di inammissibilità da parte del giudice amministrativo. Al contempo, la contestazione del bando nella parte in cui prevede un criterio di valutazione che si ritiene illegittimo nel termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione risulta perfettamente tempestiva. In tal caso, però,

<sup>179</sup> *Ibidem*. La sentenza, come si è visto al par. 2.1, si colloca nel solco di due importanti precedenti della stessa Adunanza plenaria, le decisioni nn. 1/2003 e 9/2014.

<sup>180</sup> Sempre Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018, *cit.*, che rammenta che sono sempre fatte salve le ipotesi di impugnazione delle clausole escludenti del bando, o in cui si contesti in radice l'indizione della gara o che una gara sia mancata.

<sup>181</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1062.

<sup>182</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 febbraio 2020, n. 878.

ovviamente la censura dovrà superare il vaglio della c.d. *prova di resistenza*: il ricorrente deve dimostrare che è proprio a causa del criterio contestato che egli non è stato individuato quale aggiudicatario, altrimenti il motivo sarà comunque inammissibile per carenza di interesse. Ad esempio, il concorrente secondo graduato che contesta (soltanto) la legittimità di un criterio di valutazione a cui il disciplinare di gara attribuiva 2 punti, quando l'aggiudicatario ha conseguito 10 punti in più, non avrà interesse a proporre tale censura, che verrà dunque dichiarata inammissibile dal giudice amministrativo.

## DAI CRITERI AL PUNTEGGIO

### 4.1. La redazione delle offerte tecniche

La redazione e la presentazione delle offerte tecniche deve essere compiuta nel rispetto delle prescrizioni e alle regole contenute nella documentazione di gara e, in particolare, nel disciplinare che, solitamente, è l'allegato al bando che contiene le regole della procedura<sup>1</sup>, ma anche del capitolato e degli altri documenti tecnici che disciplinano il contenuto delle offerte e ne fissano i requisiti minimi.

Anche la redazione delle **offerte economiche**, ovviamente, deve rispettare le prescrizioni di legge e quelle prefissate dalla stazione appaltante, ma – anche in questo caso – risulta meno problematica. In generale, infatti, ai concorrenti viene fornito uno schema o modulo (un documento da stampare nel caso di gara cartacea, un file da compilare e firmare digitalmente oppure una schermata del portale da compilare direttamente a video nel caso di gara telematica). In esso l'operatore deve indicare la sua offerta economica secondo le prescrizioni del disciplinare di gara: potrà essere richiesto di indicare un ribasso su un importo complessivo o un elenco prezzi, oppure uno o più valori assoluti. Chiaramente, l'offerta non deve mai essere proposta alla leggera, per evitare di trovarsi poi a non riuscire a giustificare un prezzo in sede di verifica dell'anomalia oppure di essere vincolati – si potrebbe dire: intrappolati – in sede di esecuzione ad un'offerta non sostenibile in concreto per l'azienda, con tutte le conseguenze nefaste del caso. Al contempo, visto che l'offerta economica è oggetto di attribuzione di punteggio anche nella valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo, indicare valori troppo elevati può determinare la sconfitta nella selezione in favore di operatori che hanno offerto prezzi più convenienti per l'amministrazione. Dal punto di vista della redazione formale, tuttavia, pur essendovi alcuni possibili intoppi per gli operatori<sup>2</sup>, non si pongono particolari

<sup>1</sup> Ovviamente la documentazione può essere strutturata in modo diverso, ad esempio nelle procedure negoziate le regole sono spesso contenute direttamente nella lettera di invito.

<sup>2</sup> Ad esempio, nel caso di discordanza fra offerta in numeri e in lettere, per cui l'art. 72, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, prevede che sia valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione. Tale previsione era stata derogata dall'art. 119 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che prevedeva la prevalenza dell'indicazione in lettere, ma che è oggi stato abrogato dal nuovo Codice. La questione risulta oggi meno pressante anche in ragione del diffondersi delle gare su portali telematici e riguarda soprattutto i margini in cui la Commissione può interpretare la volontà dell'offerente o richiedere chiarimenti o attivare il soccorso istruttorio. Assumono comunque rilievo anche eventuali indicazioni della documentazione di gara, che sarebbe preferibile le stazioni appaltanti prevedessero a monte.

questioni, se non quelle che negli ultimi anni hanno riguardato aspetti come l'indicazione dei costi della manodopera o degli oneri di sicurezza, che esulano tuttavia dall'oggetto di questo volume<sup>3</sup>.

La redazione delle **offerte tecniche**, con cui le imprese concorrenti manifestano alla stazione appaltante in che modo intendono eseguire la prestazione richiesta, è nettamente più complessa e ricca di insidie. L'offerta tecnica, infatti, deve innanzitutto essere conforme ai requisiti, alle specifiche e alle condizioni minime indicate nella documentazione di gara, costituendo la difformità una causa tipica e necessaria di esclusione dalla procedura selettiva<sup>4</sup>. Al contempo, il mancato rispetto delle richieste della stazione appaltante, non prescritte a pena di esclusione, ma vertenti su aspetti oggetto di valutazione, può comportare la mancata attribuzione del punteggio, da cui può dipendere anche la mancata aggiudicazione dell'appalto.

Nello specificare il **contenuto** delle offerte tecniche, la documentazione posta a base di gara segue spesso lo schema dei criteri con cui verranno attribuiti i punteggi in sede di valutazione delle offerte. Un'offerta redatta in modo chiaro, comprensibile e ordinato e la rispondenza tra il contenuto dell'offerta e i criteri di valutazione è fondamentale per consentire alla commissione di compararla con le altre offerte e di attribuire i punteggi agevolmente, così, in fin dei conti, da verificarne la rispondenza alle richieste e alle esigenze che l'amministrazione intende soddisfare con la specifica gara.

La documentazione di gara contiene, quindi, le modalità di presentazione dell'offerta tecnica, che è solitamente contenuta nella "busta B", telematica o cartacea che sia, mentre la busta A contiene la documentazione amministrativa e la busta C l'offerta economica.

Ciascun bando elenca i documenti che la busta deve contenere, a pena di esclusione. Ad esempio, per i servizi e le forniture si richiede solitamente una relazione tecnica<sup>5</sup>, recante una proposta tecnico-organizzativa che illustra, con riferimento ai criteri e ai sub-criteri di valutazione indicati nel capitolato, gli elementi che il concorrente deve descrivere ai fini della valutazione dell'offerta tecnica. Negli appalti di lavori, invece, si richiede che l'offerta tecnica contenga anche elementi quali indicazioni sul piano di lavoro, sulle risorse impiegate, sul cronoprogramma e via dicendo.

Oltre alla relazione tecnica, la stazione appaltante ha la facoltà di richiedere ulteriori documenti e materiali che possono essere i più vari: basti pensare ai casi in cui viene richiesta la consegna di campioni, descrizioni o fotografie dei beni della fornitura oggetto del contratto. La richiesta di campioni può soddisfare la necessità di verificare, sin dalla fase di gara, che quanto offerto dai concorrenti sia conforme ai requisiti prestazionali e funzionali previsti dal capitolato, ma anche a comparare diverse offerte.

Tali richieste non devono, però, mai porre a carico degli offerenti oneri sproporzionati rispetto ai fini da conseguire, specie ove le forniture oggetto del contratto comportino un

<sup>3</sup> Sul punto si rinvia a R. Berloco, *Soccorso Istruttoria negli appalti pubblici*, Palermo, Grafill Editore, 2021, pp. 158 e ss..

<sup>4</sup> Cfr. art. 94, co. 1, lett. a), del Codice e Delibera ANAC 13 gennaio 2021, n. 24.

<sup>5</sup> Cfr. Bando-tipo ANAC n. 1/2021, cit..

impegno economico o un investimento particolarmente rilevante: vi è un'evidente differenza tra una gara per la fornitura di mezzi, veicoli o apparecchiature medicali e una per la fornitura di vestiario da lavoro.

La giurisprudenza prevalente considera la campionatura un elemento non costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica, che consente all'amministrazione di considerare e vagliare l'idoneità tecnica del prodotto offerto. Sostanzialmente, nonostante possa essere soggetta ad un'apposita valutazione da parte della commissione, non viene considerata parte integrante dell'offerta tecnica, tanto che si è ritenuto che possa essere integrata o modificata nel corso della gara<sup>6</sup>.

Uno degli elementi essenziali dell'offerta tecnica è, infine, la sua **sottoscrizione**, necessaria per renderla riferibile al soggetto che la presenta e per vincolarlo all'impegno assunto. L'offerta tecnica, così come in generale tutti gli atti della procedura di gara, deve essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore.

Per quanto riguarda gli aspetti formali dell'offerta tecnica, i documenti di gara possono contenere delle previsioni che impongono dei **limiti dimensionali** per la redazione delle offerte, quali il numero massimo di facciate, il numero massimo di righe per pagina, la tipologia e la dimensione del carattere da utilizzare. Può anche essere disciplinata la suddivisione in paragrafi dell'offerta, in modo tendenzialmente sovrapponibile ai criteri di valutazione.

Simili previsioni formali sono volte ad agevolare la commissione nella lettura e nella comparazione delle offerte, oltre che a garantire, più in generale, la *par conditio* tra concorrenti<sup>7</sup>. Sebbene il superamento dei limiti dimensionali prefissati o la non suddivisione in paragrafi possa apparire una questione di poco conto, in verità in diversi casi ciò ha rappresentato un motivo di esclusione o di mancata aggiudicazione, dando anche luogo ad una certa mole di contenzioso.

Con particolare riferimento ai limiti dimensionali, la giurisprudenza ha spesso affermato che il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti dell'offerta può determinare l'esclusione del concorrente solo se tale limite sia espressamente previsto a pena di esclusione dalla documentazione di gara. Lo stesso non vale nel caso in cui la *lex specialis* abbia solo previsto che le pagine eccedenti il limite non possano essere considerate dalla commissione ai fini della valutazione dell'offerta. In questo caso, infatti, è necessario che il ricorrente provi che la violazione si sia tradotta in un vantaggio per il soggetto poi divenuto aggiudicatario che abbia superato i limiti, in danno agli altri concorrenti<sup>8</sup>.

Invero, vi è anche un altro orientamento nella giurisprudenza che ha ritenuto che anche lo stralcio di una parte dell'offerta «*rappresenta una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con*

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2019, n. 1853; Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2015, n. 4191.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5777.

<sup>8</sup> *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2020, n. 6857; Id., 3 febbraio 2021, n. 999; Id., 5 luglio 2021, n. 5112; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 5 gennaio 2022, n. 78.

*l'interesse della stessa Amministrazione a selezionare l'offerta migliore» e che la clausola di un bando, «ove interpretata nel senso che la mancata osservanza di un parametro solo formale riferito ad una mera modalità redazionale di formulazione del testo, comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente dai suoi contenuti, è radicalmente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ma, prima ancora, per violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'articolo 97 Cost., potendo consentire ad un'offerta qualitativamente peggiore o maggiormente onerosa di prevalere sull'offerta migliore per motivi che nulla hanno a che fare con l'interesse pubblico [...] ma solo alla "comodità" d'esame dell'amministrazione»<sup>9</sup>.*

Secondo questo orientamento, si tratterebbe di clausole che, ove interpretate in senso escludente per il concorrente, risulterebbero nulle in quanto in violazione dell'art. 83, co. 8, del Codice dei contratti pubblici e del principio di tassatività delle clausole di esclusione, per cui «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

Anche l'ANAC, di recente, ha affermato che la stazione appaltante può imporre per la formulazione dell'offerta tecnica limiti dimensionali riferiti al numero di pagine massime consentite e criteri redazionali, ma che l'applicazione di tali prescrizioni deve avvenire nel rispetto dei principi di certezza, di trasparenza e di *favor participationis* e che, comunque, l'eventuale previsione di limiti dimensionali rappresenta una «mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara»<sup>10</sup>. In ogni caso, un «principio di concentrazione» dell'offerta tecnica è comunque visto con favore dall'ANAC, che raccomanda alle stazioni appaltanti di «indicare che la relazione tecnica sia contenuta entro un ragionevole e sintetico numero di battute e/o cartelle, valorizzando in tal senso un principio di concentrazione»<sup>11</sup>.

#### **CASO PRATICO – Il limite del numero di pagine per la redazione dell'offerta tecnica include la copertina e l'indice?**

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica e servizi correlati, la commissione aveva sospeso la seduta di gara al fine di vagliare preliminarmente il rispetto del numero massimo di 50 pagine previsto per la relazione tecnica. Ravvisato il superamento del limite massimo di pagine da parte di una delle concorrenti, la commissione aveva parzialmente annullato il verbale

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. III, 8 giugno 2021, n. 4371 che richiama a sua volta Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7967; 9 dicembre 2020, n. 7787; Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451.

<sup>10</sup> Delibera ANAC n. 323 del 21 aprile 2021. Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, infatti, la stazione appaltante aveva fornito indicazioni esclusivamente rispetto alle dimensioni del carattere e al numero di facciate, senza fornire ulteriori indicazioni in ordine al tipo di carattere da utilizzare e alla spaziatura. Di qui, l'Autorità ha ritenuto che, fermo il rispetto delle indicazioni contenute nel disciplinare di gara, e gli operatori economici che partecipano alla procedura possono valorizzare i contenuti dell'offerta scegliendo un tipo di carattere piuttosto che un altro così come la relativa spaziatura.

<sup>11</sup> Nota illustrativa al bando-tipo n. 1/2021, par. 20.

di valutazione delle offerte tecniche per le parti eccedenti, azzerando i punteggi attribuiti ai parametri-indicatori contenuti nelle pagine oltre la cinquantesima.

La seconda graduata ha impugnato l'aggiudicazione poiché, a suo dire, a seguito della verifica del superamento del limite di pagine, la commissione avrebbe dovuto rivalutare l'intera offerta tecnica, visto che quanto esposto nelle pagine eccedenti il limite avrebbe avuto dirette conseguenze sugli altri sottocriteri e, dunque, sulle altre componenti dell'offerta. La controinteressata aveva proposto ricorso incidentale, ritenendo illegittimo il chiarimento della stazione appaltante che aveva incluso anche la copertina e l'indice della relazione tecnica nel limite massimo di pagine valutabili.

Il TAR ha accolto tale censura incidentale, rilevando che nessuna previsione del bando stabiliva che nel limite delle 50 pagine dovessero computarsi anche la copertina e l'indice della relazione tecnica, limitandosi a stabilire che nel limite in questione dovessero rientrare solamente la "*relazione tecnica*", definita come la "*documentazione relativa alla qualità del servizio*", e gli eventuali "*allegati*". La *ratio* della previsione, precisa la sentenza, era quella di richiedere che il contenuto sostanziale, oggetto di valutazione dell'offerta tecnica, non superasse le 50 pagine; andavano escluse dal computo, dunque, la copertina e l'indice, trattandosi di elementi evidentemente privi di contenuto tecnico sostanziale rilevante ai fini della valutazione dell'offerta.

In definitiva, secondo il TAR, la stazione appaltante, nell'includere all'interno del limite delle 50 pagine anche la copertina e l'indice della relazione tecnica, ha inammissibilmente modificato la *lex specialis*, rendendo ancor più stringente il limite di pagine stabilito dal bando (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 settembre 2019, n. 1952).

La **mancata suddivisione in paragrafi**, secondo quanto richiesto dal bando, non viene solitamente considerata una causa di esclusione dalla procedura, purché l'offerta stessa risulti obiettivamente intellegibile e la commissione possa senza un aggravio eccessivo abbinarne le singole parti ai criteri di valutazione previsti in modo tale da riuscire a procedere all'attribuzione dei punteggi.

Rimane in tutta evidenza una scelta poco saggia da parte del concorrente, che nella redazione dell'offerta tecnica deve tenere a mente di stare predisponendo un documento destinato ad essere valutato da una commissione, i cui lavori è opportuno agevolare il più possibile. In tale contesto, salvo casi eccezionali, non è ragionevole impostare la relazione in modo diverso da quanto richiesto dal bando, proprio nell'ottica di consentire ai commissari di attribuire i punteggi secondo i criteri di valutazione.

#### **CASO PRATICO – Dalla mancata suddivisione in paragrafi all'offerta non valutabile**

Un concorrente viene escluso da una gara per l'affidamento in concessione della realizzazione, gestione e manutenzione di un sistema per la copertura radiomobile

cellulare su delle tratte ferroviarie in galleria, in quanto la sua offerta tecnica non era suddivisa secondo gli elementi e sub-elementi che concorrevano all'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi di natura qualitativa come previsto dal disciplinare. Secondo la stazione appaltante, tale formulazione dell'offerta non aveva consentito alla commissione di valutare la fattibilità della proposta e i vantaggi da essa deducibili.

Il TAR ha ritenuto che la previsione indicata nel disciplinare avesse quale unica finalità quella di agevolare il lavoro della commissione e non era contemplata a pena di esclusione. Di conseguenza, le ragioni dell'esclusione non dovevano essere ricercate nella veste formale dell'offerta, bensì nel fatto che, a causa della sua formulazione, la commissione non era riuscita a realizzare una sua suddivisione per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi di natura qualitativa e, dunque, a valutare la conformità della stessa a quanto richiesto (TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 30 marzo 2020, n. 745).

#### **CASO PRATICO – La scheda riassuntiva incompleta**

In una gara per l'affidamento della fornitura di sistemi per il monitoraggio della glicemia e dispositivi correlati, l'aggiudicataria aveva compilato in maniera incompleta il modello di scheda tecnica riassuntiva delle caratteristiche dell'offerta tecnica fornito dalla stazione appaltante.

Il TAR ha però verificato che, come rilevato anche dalla commissione di gara, le informazioni mancanti dalla scheda riassuntiva erano presenti in altri documenti inseriti nella busta dell'offerta tecnica, quali, ad esempio, la scheda illustrativa delle funzioni e delle specifiche tecniche dei beni oggetto dell'affidamento, da cui la commissione aveva potuto trarre tutte le informazioni necessarie per la valutazione del dispositivo offerto e l'assegnazione dei relativi punteggi.

Il TAR ha anche ritenuto legittimo che la commissione verificasse – con riferimento a tutte le offerte – la presenza della richiesta interfaccia con il sistema di cartella clinica informatizzata già in uso presso le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione, attraverso lo stesso programma di gestione del sistema.

Fermo restando l'interesse della pronuncia e ritenendo in generale condivisibile la decisione di non escludere il concorrente sulla base di una mancanza meramente formale, si raccomanda sul punto massima cautela (TAR Umbria, Sez. I, 24 settembre 2021, n. 682).

In generale, indipendentemente dalla sua strutturazione formale, l'offerta deve essere chiara e corrispondere sostanzialmente alla richiesta dell'amministrazione. Diversamente, infatti, essa potrà essere esclusa non per la violazione di prescrizioni formali quali la suddivisione in paragrafi, ma per la sua obiettiva estraneità rispetto a quanto contemplato nel bando o nell'invito ad offrire e, dunque, poiché non consente alla commissione di verificare la rispondenza della stessa alle esigenze dell'amministrazione.

Le caratteristiche fondamentali delle offerte tecniche, dunque, talora definite anche come principi fondamentali per la loro redazione, sono:

- la completezza e la rispondenza alle richieste della stazione appaltante;
- la chiarezza e la non ambiguità;
- l'immodificabilità;
- il non essere condizionata o ipotetica.

Sotto il primo profilo, è necessario redigere l'offerta **in maniera completa e rispondente** al contenuto richiesto nei documenti di gara anche perché vi sono elementi il cui mancato inserimento può comportare non solo la mancata attribuzione di punteggio, ma anche l'esclusione dalla procedura<sup>12</sup>.

Nella documentazione di gara, infatti, le stazioni appaltanti indicano alcune **specifiche tecniche obbligatorie** (o "di minima") al fine di predeterminare le caratteristiche minime che l'offerta deve necessariamente rispettare<sup>13</sup>. L'art. 68 del Codice disciplina le specifiche di minima anche nell'ottica di garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e di massima partecipazione: una corretta redazione delle specifiche da parte della stazione appaltante consente di prevenire la creazione di ostacoli ingiustificati alla libera concorrenza, garantendo che tutti gli offerenti competano tra loro su un piano di parità. In particolare, il sesto comma precisa che non possono essere menzionati marchi, brevetti, fabbricazioni o procedimenti determinati, così come un'origine o una produzione specifica, che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti.

La menzione o il riferimento a tali elementi è eccezionalmente autorizzata solo nei casi in cui non sia diversamente possibile una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto. Ove ciò si verifichi, nell'ottica di garantire la parità di trattamento e la concorrenza tra i candidati, trova spazio il c.d. *principio di equivalenza*, per cui la menzione o il riferimento devono essere accompagnati dall'espressione "*o equivalente*" e le specifiche devono essere redatte dalla stazione appaltante "*in termini di prestazioni o di requisiti funzionali*", ma pur sempre sufficientemente precisi nella determinazione dell'oggetto dell'appalto<sup>14</sup>.

Nel redigere la propria offerta tecnica, ove l'offerente sia in grado di fornire una soluzione equivalente a quella definita dalla stazione appaltante, questi dovrà fornirne una prova adeguata. In altre parole, il concorrente deve provare, con qualunque mezzo, a pena di esclusione, che la soluzione offerta, seppur non identica, è strutturalmente e funzionalmente corrispondente a quanto richiesto dalla stazione appaltante.

In generale, infatti, le difformità essenziali nell'offerta tecnica, ove rivelino l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di

<sup>12</sup> La tematica prescinde dall'oggetto dalla presente trattazione ma merita comunque alcuni brevi cenni.

<sup>13</sup> L'Allegato XIII, punto 1) del Codice fornisce una definizione delle specifiche tecniche, distinguendo tra appalti di lavori (lett. a)) e servizi e forniture (lett. b)). Il co. 5 dell'art. 68, invece, specifica le modalità con le quali devono essere redatte e, dunque, in che modo la stazione appaltante può formularle.

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212; TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 3 aprile 2020, n. 3786.

gara, «legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto»<sup>15</sup>. Non si tratta, infatti, di un'esclusione dell'offerente per una causa non prevista (vietata ai sensi dell'art. 83 del Codice), ma di una mancata ammissione dell'offerta che difetta di un requisito di minima<sup>16</sup>.

La legittimità di un simile provvedimento di esclusione deve essere valutata con riferimento all'essenzialità della difformità posta in essere dall'offerente: qualora a mancare siano delle specifiche che tuttavia non risultano chiaramente obbligatorie o essenziali, non dovrebbe darsi luogo all'esclusione: «il concetto di essenzialità, riferito ai contenuti dell'offerta tecnica dev'essere chiaro ed evidente nelle previsioni di gara, e non può essere ex post ritagliato sulla scorta di una interpretazione sistematica delle stesse, che ne estenda la portata sino alla valutazione della "sufficienza" dei contenuti tecnici»<sup>17</sup>.

Più in generale, sul tema trova ampio spazio il principio di tassatività delle cause di esclusione, per cui le offerte tecniche devono essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzano una siffatta situazione di incertezza assoluta<sup>18</sup>.

Ovviamente, la soluzione proposta dall'offerente deve essere **realistica e concretamente realizzabile**, venendo diversamente sanzionata con una mancata attribuzione del punteggio, quando non addirittura con l'esclusione dalla procedura.

#### CASO PRATICO – La riduzione dei tempi di intervento del 100%

Il bando di una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e ammodernamento degli impianti di strutture sanitarie conteneva un criterio di valutazione che – con una modalità di attribuzione del punteggio discrezionale e non quantitativa – premiava le offerte che prevedessero una riduzione nei tempi di intervento.

La seconda classificata aveva offerto una riduzione dei tempi del 100% e la commissione, pur non disponendo l'esclusione dell'offerta dalla gara, attribuiva un punteggio pari a "0" per il criterio, motivando espressamente nel senso che l'offerta così concepita sarebbe "impossibile da conseguire".

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che nell'offerta in esame più che una riduzione dei tempi di intervento vi era stato un vero e proprio annullamento radicale del tempo intercorrente fra la manifestazione del problema e l'intervento, ovvero sia un obiettivo non seriamente attuabile, neppure avuto riguardo ad un'organizzazio-

<sup>15</sup> Come espressione di un orientamento consolidato, si veda Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2020, n. 4450.

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1071.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1137; si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 7 agosto 2020, n. 4977.

<sup>18</sup> Sul punto si veda Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2020, n. 2851.

ne aziendale connotata dalla presenza fissa di manutentori nelle strutture interessate dal servizio e dall'utilizzo delle più avanzate tecnologie di comunicazione. Se i tempi offerti sono talmente contenuti da rendere del tutto irrealistico il loro rispetto, allora l'offerta non è migliorativa ma diventa tecnicamente impossibile e, pertanto, andrebbe sanzionata anziché premiata, nell'esercizio di una valutazione discrezionale della commissione di gara sindacabile solo nei noti limiti nei quali è consentito il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnico-valutativa. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che nel caso di specie la tecnica di redazione dell'offerta impedisse, di fatto, l'attribuzione di un punteggio per il criterio in questione e che, pertanto, la decisione della commissione in tal senso fosse legittima (Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2022, n. 4236).

Un altro dei caratteri fondamentali dell'offerta è la sua **chiarezza e non ambiguità**, nonché, trattandosi di atto negoziale, la sua massima capacità espressiva. Ne consegue che un'offerta formulata in modo impreciso, vago, sommario o generico non può essere considerata idonea ad adempiere alla sua funzione: una proposta così formulata è infatti inefficace, se non del tutto invalida. Ovviamente, l'offerta non deve contenere dati tecnici falsi o fuorvianti, il che determinerebbe l'esclusione del concorrente ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. *c-bis*), del Codice.

L'offerta, inoltre, deve essere **non condizionata o ipotetica**. Un'offerta è condizionata nei casi in cui il concorrente subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro e incerto, ulteriore rispetto all'aggiudicazione. In tal caso, del resto, l'offerta risulterà probabilmente anche difforme dal bando di gara, che solitamente richiede un impegno certo e incondizionato del concorrente. Si tratta, quindi, di un'offerta non attendibile e inadatta a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa di partecipazione alla gara.

#### **CASO PRATICO – L'offerta condizionata all'assenso di soggetti terzi**

In una gara per l'affidamento del servizio di integrazione scolastica per studenti con disabilità e per le attività di supporto estivo, due delle nove proposte migliorative offerte dall'aggiudicataria erano risultate sconosciute ai soggetti indicati quali esecutori in partenariato delle prestazioni offerte.

Il TAR ha ritenuto l'offerta indeterminata, perché condizionata all'assenso da parte di soggetti terzi, non acquisito al momento della presentazione dell'offerta. Di conseguenza, tali elementi dell'offerta non avrebbero potuto costituire oggetto di valutazione, come invece erroneamente accaduto (TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 23 novembre 2020, n. 216).

Infine, l'offerta è **immodificabile**, ovvero, una volta presentata, non può essere successivamente cambiata. Tale caratteristica è assurda al rango di vero e proprio principio, posto «a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante,

*nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale»<sup>19</sup>.*

Infatti, l'art. 83, co. 9, del Codice esclude espressamente la possibilità di attivare il soccorso istruttorio per mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica<sup>20</sup>. Tale preclusione, però, non attiene ad ogni aspetto dell'offerta, ma soltanto ai profili economici e tecnici essenziali della stessa. La giurisprudenza, infatti, ammette la possibilità di sanare, tramite soccorso istruttorio, carenze dell'offerta tecnica che siano qualificabili come meri errori ovvero come imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara.

È poi comunque ammessa la possibilità per la stazione appaltante di richiedere chiarimenti finalizzati alla corretta interpretazione della volontà del concorrente (c.d. *soccorso procedimentale*)<sup>21</sup>. Si considera infatti ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto. Le offerte sono un atto negoziale e, pertanto, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante (nel solco della disciplina civilistica dell'interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ.), senza tuttavia attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente<sup>22</sup>. In tal senso, richiamando quanto precedentemente detto in tema di non ambiguità dell'offerta, deve precisarsi che la ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa solo ove attraverso di essa possa giungersi ad esiti certi della portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta: diversamente, infatti, sarà necessario procedere all'esclusione dalla gara<sup>23</sup>, ovvero al disconoscimento di punti in sede di valutazione delle offerte.

Infine, in tema di redazione delle offerte tecniche, risulta ancora controversa la questione della possibilità di utilizzo del c.d. *avvalimento premiale*.

L'avvalimento nasce con la finalità di favorire la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica: attraverso questo istituto, infatti, un operatore economico (ausiliato)

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113.

<sup>20</sup> Per un approfondimento sul tema della soccorribilità dell'offerta tecnica e sui recenti approdi giurisprudenziali si rinvia a R. Bertolo, *Soccorso istruttorio negli appalti pubblici*, Palermo, Grafill Editore, 2021, p. 133 e ss..

<sup>21</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2021, n. 3539.

<sup>22</sup> R. Lorusso, *Principi di immodificabilità e di non ambiguità dell'offerta in materia di appalti pubblici*, in *Il diritto amministrativo*, n. 3/2021. Sul punto si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2016, n. 1827; 2 marzo 2017, n. 978. Giova rammentare che già Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2015, n. 10, nel parlare delle discordanze tra l'offerta espressa in cifre e quella espressa in lettere, ha chiarito che «la rettifica, pur astrattamente ammissibile in virtù dei principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione, deve ritenersi consentita in caso di errore materiale facilmente riconoscibile attraverso elementi "diretti ed univoci" tali da configurare un errore materiale o di scritturazione emendabile dalla commissione, ma non anche nel caso in cui sia necessario attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o ad inammissibili dichiarazioni integrative dell'offerente, non essendo consentito alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta con sostituzione, anche solo parziale, alla volontà dell'offerente».

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1883.

può partecipare ad una procedura di gara facendo valere i requisiti economico-finanziari o tecnico-professionali di un altro operatore (ausiliario) che ne garantisce la messa a disposizione per tutta la durata del contratto. Il concorrente può, dunque, soddisfare i requisiti di partecipazione alla gara di cui è carente avvalendosi di quelli di un altro operatore: di qui la finalità squisitamente pro-concorrenziale dell'istituto.

Mentre l'avvalimento "classico" è ormai un istituto consolidato nel nostro ordinamento<sup>24</sup>, oltre che molto apprezzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE<sup>25</sup>, non altrettanto può dirsi per la possibilità di utilizzarlo anche al fine di conseguire una migliore valutazione dell'offerta tecnica. La fattispecie sarebbe quella dell'avvalimento definito "premiante", attraverso il quale il concorrente, già in possesso dei requisiti di partecipazione, si avvale dell'ausilio di un altro operatore al solo fine di ottenere un punteggio più elevato, a maggiore valorizzazione della propria offerta. Ciò potrebbe astrattamente avvenire, ad esempio, nei casi in cui si attribuisca punteggio all'esperienza del concorrente oppure al possesso di qualche certificazione.

Il dibattito sull'ammissibilità dell'avvalimento premiante è tornato alla ribalta in tempi recenti in seguito ad alcune sentenze che si sono mostrate favorevoli ad ammetterne, seppure con diversi limiti e condizioni, l'utilizzo.

Secondo l'orientamento tradizionale, *«l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente l'acquisizione dei requisiti di partecipazione, fruendo dei requisiti di altra società, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire un punteggio più alto in sede di gara»*<sup>26</sup>. L'ammissione di un simile istituto ai soli fini premiali minerebbe, infatti, la *par conditio* tra i concorrenti e non collimerebbe con la finalità di massima partecipazione alle gare tante volte sottolineata dalla Corte di giustizia dell'UE. Inoltre, in tal senso depone chiaramente lo stesso art. 89 del Codice, che circoscrive espressamente l'ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento alla fase di partecipazione<sup>27</sup>.

Nel corso del tempo, tuttavia, la giurisprudenza ha iniziato a mostrare delle parziali aperture. A tal proposito, un primo orientamento, muovendo dalla considerazione che ciò che è oggetto del contratto di avvalimento entra organicamente a fare parte dell'offerta complessiva presentata dalla concorrente, e come tale diviene suscettibile di valutazione, ha ammesso l'utilizzo dell'avvalimento anche per conseguire punteggi addizionali<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Art. 89 del Codice.

<sup>25</sup> Si veda per una ricostruzione CGUE, 7 aprile 2016, C-324/14.

<sup>26</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1422. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692; Id. 22 dicembre 2016, n. 5419; Id. 17 marzo 2020, n. 1916; Id. 27 luglio 2020, n. 4785.

<sup>27</sup> *«L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti»* (art. 89, co. 1, del Codice).

<sup>28</sup> Così, ad esempio, CGARS, Sez. I, 15 aprile 2016, 109 secondo cui *«non può pertanto escludersi a priori che l'avvalimento, unitamente alla propria valenza abilitante all'accesso alla gara, che esprime mettendo il concorrente in condizione di soddisfare i relativi requisiti di partecipazione, possa rivestire anche un rilievo aggiuntivo, permettendo l'apprezzamento degli elementi preferenziali da esso eventualmente arrecati all'offerta dell'ausiliata in funzione di una migliore collocazione di questa nella graduatoria finale»*.

Un secondo orientamento, invece, di carattere intermedio, ha escluso l'avvalimento premiale nei casi in cui l'elemento di valutazione dell'offerta consiste in un requisito soggettivo o curriculare, ammettendolo per i requisiti speciali<sup>29</sup>.

Della questione si è tornati a parlare in seguito alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, la quale è stata accolta (erroneamente) come una rivoluzionaria apertura generalizzata all'avvalimento premiale. A ben vedere, in realtà, la pronuncia in questione permette unicamente di chiarire meglio i contorni di questo istituto, collocandosi, di fatto, nel primo degli orientamenti citati.

In una gara per un appalto misto di forniture e lavori in ambito di sicurezza stradale, il disciplinare prevedeva fra i criteri di valutazione dell'offerta, aspetti quali l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza dei tecnici impiegati. La società seconda classificata ha proposto ricorso al TAR lamentando l'indebito utilizzo che il raggruppamento aggiudicatario aveva fatto dell'istituto dell'avvalimento per conseguire un migliore punteggio tecnico, visto che la sua offerta tecnica conteneva esclusivamente elementi rappresentativi del bagaglio esperienziale, qualitativo e tecnologico delle società ausiliarie, elementi utilizzati non per accedere alla gara ma al solo fine di conseguire punteggio nell'offerta tecnica.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario distinguere fra:

- il caso in cui ricorra all'avvalimento (anche) premiale un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria);
- il caso in cui vi ricorra un operatore che – potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente ad una maggiore valorizzazione della propria offerta.

Nel secondo caso, vi sarebbe un vero e proprio abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero *escamotage* per incrementare il punteggio ad un'offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

Secondo il Consiglio di Stato, invece, *«appare del tutto fisiologica l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempi nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel qual caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con*

<sup>29</sup> Sul punto si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881. Secondo i giudici, l'avvalimento *«rappresenta uno strumento preordinato a garantire una più ampia partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, in una prospettiva proconcorrenziale: è per questa immanente finalità, stimata di suo giovevole al miglior risultato, che se ne consente l'utilizzo anche solo per conseguire un punteggio più elevato in sede di apprezzamento dell'offerta tecnica. Diversamente, però, ove si accedesse all'idea che è utile ad incrementare i titoli, si produrrebbe l'effetto opposto, cioè di falsare la concorrenza: invero, in tal caso non si determinerebbe un proficuo allargamento della platea dei concorrenti, ma l'artificiosa prevalenza, tra essi, di imprese che non sono davvero in possesso dei caratteri preferenziali richiesti dalla lex specialis: con il rischio, tra l'altro, di premiare, nell'ambito della competizione, l'azienda meno organizzata, meno attrezzata, tecnologicamente meno avanzata e con personale meno specializzato».*

*l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto»<sup>30</sup>.*

Il punteggio riguarda, dunque, solo elementi che saranno effettivamente a disposizione della stazione appaltante nell'esecuzione del contratto ed è pertanto ragionevole che siano "parte" dell'offerta e dunque vengano anche valutati. La sentenza ha invece ritenuto precluso che il concorrente si avvantaggi delle esperienze pregresse dell'ausiliaria o di suoi titoli o attributi spettanti che, in quanto tali, non sono oggetto di un'attività nel corso dell'esecuzione del contratto e dunque non sono idonei a qualificare il tenore dell'offerta. A qualche giorno di distanza dalla pubblicazione della suddetta sentenza, anche il TAR Lazio, Roma, riproponendo i medesimi principi espressi dal Consiglio di Stato, ha confermato la suesposta impostazione<sup>31</sup>.

#### **4.2. Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica**

Nella redazione delle offerte è poi importante tenere conto del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica (oppure, il che è la stessa cosa, della necessaria separatezza tra le due offerte). Il divieto è un corollario del principio di segretezza delle offerte e, in particolare, dell'offerta economica.

Infatti, a garanzia dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, co. 2, della Cost. e dei correlati principi di non discriminazione (art. 30 del Codice), il valore dell'offerta economica non deve essere reso noto alla commissione prima che questa abbia ultimato le proprie valutazioni sull'offerta tecnica. Il divieto di commistione non è cristallizzato in alcuna norma di legge, ma viene fatto discendere dalla giurisprudenza automaticamente dai principi appena richiamati, oltre che dalla considerazione di senso comune per cui la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare, anche in astratto, un condizionamento della commissione stessa nella valutazione delle offerte tecniche, alterandone la serenità e l'imparzialità valutativa<sup>32</sup>.

Sostanzialmente, si vuole evitare che nella valutazione delle offerte tecniche – che non a caso si svolge sempre prima dell'apertura delle offerte economiche – la commissione giudicatrice possa essere influenzata, anche involontariamente, da ragioni di convenienza economica, ad esempio considerando preferibile un'offerta che si sa già essere meno onerosa, anche se sotto il profilo tecnico ve ne sarebbe in realtà un'altra più meritevole. Si tratta, insomma, di mantenere l'equilibrio tra le due componenti del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 2526/2021, *cit.*

<sup>31</sup> TAR Lazio, Roma, 1° aprile 2021, n. 3929. Si precisa che nel caso di specie, per i giudici è apparso dirimente il fatto che i contratti di avvalimento avevano ad oggetto la messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di personale dotato di specifica professionalità (attestata da certificazione), non titoli o esperienze pregresse dell'ausiliaria tali da risolversi nell'indebito riconoscimento di un mero punteggio incrementale per le ausiliate.

<sup>32</sup> Tra le tante, *cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6308 e *Id.*, 20 luglio 2021, n. 5463.

La giurisprudenza ha sottolineato che la tutela del principio di segretezza dell'offerta economica si estende a coprire non solo l'effettiva lesione, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo. In altre parole, **anche la sola possibilità di conoscenza** dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è considerata idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato della commissione. Non è necessario, quindi, dimostrare che i commissari abbiano effettivamente conosciuto l'offerta economica in questione, ma semplicemente che per essi fosse possibile conoscerla<sup>33</sup>.

In concreto, i rischi di commistione tra offerta tecnica e offerta economica si possono verificare in varie ipotesi. Vi sono, innanzitutto, casi in cui è **la stessa documentazione di gara** a prevedere l'inserimento di un elemento nell'offerta tecnica, che risulta di fatto in parte rivelatore del valore economico dell'offerta stessa, come nel caso della **riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori**<sup>34</sup>. Un altro esempio è quello in cui vengono offerte delle prestazioni aggiuntive gratuite<sup>35</sup> o addirittura un contributo economico da parte dei concorrenti.

In tali ipotesi, ove la commistione venga ritenuta tale da svelare effettivamente la portata dell'offerta economica, è la stessa *lex specialis* di gara ad essere dichiarata illegittima e, dunque, viene annullata l'intera procedura di gara.

Vi è poi tutta una casistica relativa ad una commistione causata da **problematiche relative ai plichi** che contengono le offerte: dalla mancata chiusura del plico contenente l'offerta economica, al suo inserimento nello stesso plico dell'offerta tecnica o della documentazione amministrativa, alla mancata apposizione di diciture esterne sui plichi per distinguerli. Si tratta di una serie di casi sempre più marginali, grazie alla diffusione delle gare telematiche, ma anche in tali gare potrebbero verificarsi delle problematiche, basti pensare al concorrente che, a causa del malfunzionamento del portale, dovesse trasmettere le offerte come allegati a una PEC diretta alla stazione appaltante (si tratta ovviamente di una soluzione assolutamente da evitare, proprio in ragione del divieto di cui stiamo parlando).

Infine, vi è una molteplicità di casi in cui **il concorrente**, per un errore materiale o per scarsa conoscenza del divieto oggetto del presente paragrafo, **inserisce elementi economici** nella sua offerta tecnica. Sul punto non si può che raccomandare la massima cautela: se è vero che, come si dirà di seguito, il divieto non viene inteso in senso assoluto, non vi è ragione di correre inutili rischi.

Il divieto di commistione **non viene inteso in senso assoluto e formalistico**, ma relativo, nel senso che la sua applicazione deve essere effettuata in concreto e non in astratto: gli elementi economici spostati o desumibili dall'offerta tecnica devono essere tali da sve-

<sup>33</sup> Cons. Stato, n. 5463/2021, *cit.*

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2021 n. 5463, che ricorda che «la giurisprudenza prevalente [ritiene] che la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, costituiscano elementi di valutazione di carattere economico, che, in quanto tali, non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica».

<sup>35</sup> Ad esempio, però, nelle gare per la ristorazione scolastica, è stato ritenuto legittimo attribuire un punteggio in base al numero di pasti gratuiti offerti (TAR Toscana, Sez. I, 26 febbraio 2018, n. 301 e ANAC delibera 15 maggio 2018, n. 439).

lare anticipatamente l'offerta economica, se non nella sua interezza, comunque **in modo tale da farne apprezzare la consistenza e la convenienza** (fermo restando quanto detto sopra sulla rilevanza anche del solo rischio di pregiudizio, una volta appurata l'idoneità degli elementi economici ad influenzare la valutazione dell'offerta tecnica)<sup>36</sup>.

Ad esempio, si ritiene che possono essere inclusi nell'offerta tecnica singoli elementi economici che è necessario inserire, se non facciano di per sé parte dell'offerta economica (ad esempio, i prezzi di listini ufficiali) e se costituiscano aspetti isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non siano in grado di consentire in alcun modo di ricostruirne il peso complessivo<sup>37</sup>.

#### **CASI PRATICI – Quando l'inserimento di singoli elementi economici è tale da violare il divieto di commistione**

È stato ritenuto tale da determinare un condizionamento in sede di valutazione dell'offerta tecnica, in una gara per l'affidamento di opere ingegneristiche per la mitigazione del rischio idraulico, l'inserimento nel computo metrico non estimativo, contenuto nella busta "B" dell'offerta tecnica, dei costi di una sola miglioria (relativa all'impianto di monitoraggio delle strutture). Nel caso di specie, le voci di prezzo erroneamente anticipate costituivano un non insignificante venti per cento dell'importo delle migliorie, le quali erano oggetto diretto di attribuzione di punteggio da parte della commissione (Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6308). È stato invece ritenuto non in grado, neppure in astratto, di influenzare la valutazione della commissione giudicatrice, in una procedura di *project financing* per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione pubblica, l'inserimento tra i documenti dell'offerta tecnica delle schede tecniche originali di alcuni pali, in cui erano riportati anche i prezzi di listino degli stessi. Nella gara in questione, il divieto di commistione era anche oggetto di una clausola del disciplinare di gara. Il Consiglio di Stato ha precisato che, fermo restando il valore non assoluto del divieto, se la verifica circa la capacità del dato economico contenuto nell'offerta tecnica di consentire alla commissione di rappresentarsi le condizioni economiche si concluda negativamente, allora non vi sono ragioni per ritenere in pericolo la *par condicio* tra gli operatori. In tal caso, l'esclusione automatica dell'offerta in questione implicherebbe l'introduzione di una clausola di esclusione in contrasto con il principio di tassatività di cui all'art. 83, co. 8, del Codice (Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2021, n. 4871).

La questione del divieto di commistione si può porre anche nel caso in cui, per varie ragioni, la stazione appaltante si trovi a **dover rivalutare le offerte tecniche** dopo l'apertura di quelle economiche. La regola generale è che l'annullamento – in sede giurisdizio-

<sup>36</sup> Tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 3 dicembre 2021, n. 8047.

<sup>37</sup> Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2021, n. 4871.

nale o in via di autotutela – di un atto inserito in una sequenza procedimentale di solito comporta che debbano essere rinnovati solo gli atti successivi ad esso e non quelli precedenti, ma negli appalti pubblici rileva appunto il principio di segretezza delle offerte economiche e, dunque, non viene tendenzialmente considerato possibile per la stazione appaltante in tali casi rivalutare le offerte tecniche<sup>38</sup>. Vi sono, però, alcune eccezioni, come nei casi in cui non residuino nella valutazione margini di discrezionalità.

#### **CASO PRATICO – Anche in caso di emergenza, non bisogna mai inviare via PEC l'offerta**

In una gara per l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani, in seguito ad un asserito malfunzionamento del sistema telematico una concorrente aveva inviato documento di sintesi della documentazione tecnica ed economica in allegato a una PEC l'offerta, ma si era vista esclusa per violazione della segretezza dell'offerta economica.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'esclusione, in quanto anche a voler ipotizzare il verificarsi di un malfunzionamento del sistema, la concorrente non avrebbe dovuto inviare l'offerta via PEC ma limitarsi a segnalare il malfunzionamento alla stazione appaltante. Con la sua condotta, invece, la concorrente aveva vulnerato il principio di segretezza dell'offerta economica, che deve essere salvaguardato anche rispetto ad un rischio potenziale. Nel caso di specie, peraltro, era assodato che tre dipendenti della stazione appaltante avevano avuto la disponibilità del contenuto della documentazione di gara prima che questa venisse aperta e valutata dalla commissione (Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448).

### **4.3. La valutazione delle offerte tecniche**

Come si è visto, i parametri di valutazione delle offerte e la relativa gamma di punteggi attribuibili, così come le modalità di attribuzione e di calcolo di tali punteggi, devono essere predeterminati e resi noti nella documentazione di gara. Ferma tale predeterminazione, al fine di individuare il miglior offerente risulta evidentemente necessaria un'operazione – da svolgersi a valle della presentazione delle offerte – con cui venga attribuito in concreto il punteggio per ciascuna voce alle singole offerte.

Il punteggio complessivo dell'offerta tecnica, ottenuto applicando le varie metodologie descritte più avanti, sarà poi combinato con quello dell'offerta economica (ove presente) per poi procedere alla redazione della graduatoria finale.

L'operazione di valutazione delle offerte tecniche è delicata, soprattutto per quanto riguarda i punteggi di natura discrezionale, e viene effettuata da un'apposita commissione nominata dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

<sup>38</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2819.

Tale commissione, ai sensi dell'art. 77 del Codice, è soggetta a molteplici regole relative ad ipotesi di incompatibilità e di conflitto di interesse e deve essere composta da "esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"<sup>39</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza ritiene che la norma non richieda una perfetta corrispondenza tra la **competenza dei membri della commissione**, anche cumulativamente considerata, e i diversi ambiti materiali che concorrono all'integrazione del complessivo oggetto del contratto<sup>40</sup>. Inoltre, la composizione della commissione è considerata legittima anche nel caso in cui la presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto sia anche solo "prevalente" e non necessariamente "esclusiva"<sup>41</sup>, poiché viene attribuita rilevanza anche alla valutazione delle esigenze dell'amministrazione e dei i concreti aspetti gestionali e organizzativi sui quali i criteri valutativi sono destinati ad incidere, in un'ottica in cui le professionalità dei vari membri possono integrarsi reciprocamente.

Viene dunque spesso ritenuto concretamente soddisfatto il requisito circa la competenza della commissione quando due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore dell'appalto e il terzo membro vanti, invece, una "competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare"<sup>42</sup>. L'orientamento in questione, per quanto consolidato, appare discutibile, soprattutto nei casi in cui il commissario esperto "in materia di pubbliche gare" – spesso un dipendente dell'amministrazione con competenze legali o amministrative o un avvocato – si trovi ad esprimere un giudizio, magari diverso da quello degli altri commissari, su profili di elevata specializzazione tecnica, quali ad esempio quelli relativi a sofisticate apparecchiature sanitarie.

#### **CASO PRATICO – La sostituzione di un commissario comporta la rinnovazione delle operazioni di gara?**

In un caso in cui un commissario aveva partecipato alla valutazione delle offerte di alcuni concorrenti ed era poi stato sostituito da un altro commissario che aveva proceduto a valutare quelle rimanenti e ad attribuire i punteggi finali, il Consiglio di Stato ha chiarito che, se è vero che la commissione giudicatrice negli appalti pubblici è un collegio perfetto, che deve operare, in quanto tale, nella pienezza della sua composizione, è anche vero che la sostituzione di un suo componente non impone la integrale rinnovazione delle operazioni di gara già svolte, che rimangono valide, ben potendo il nuovo componente fare proprie le valutazioni delle offerte già esaminate dalla Commissione nella precedente composizione e procedere nella disamina delle offerte non ancora valutate e nell'assegnazione dei punteggi finali. Non esiste, infatti, nel nostro ordinamento un principio assoluto di unicità o immutabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad

<sup>39</sup> La previsione di un albo esterno di commissari da costituirsi presso l'ANAC, rimasta inattuata, è stata più volte sospesa, da ultimo fino al 30 giugno 2023 (art. 8, co. 7, del D.L. n. 76/2020, conv. con mod. dalla L. n. 120/2020).

<sup>40</sup> Cons. Stato, Sez. III, 24 aprile 2019, n. 2638.

<sup>41</sup> Così, tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2018, n. 3721 e, da ultimo, Id. Sez. IV, 28 aprile 2021, n. 3418.

<sup>42</sup> Cons. Stato, Sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595.

incontrare deroghe ogni volta che vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni (Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2021, n. 3847).

La necessaria valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione emerge in quelle sentenze che si sono confrontate con casi in cui – a seguito, ad esempio, di istanze di annullamento in autotutela da parte di altri concorrenti – vi sia stata una **rideterminazione dei punteggi da parte del RUP o del seggio di gara**, senza riconvocare la commissione. In tali casi, la giurisprudenza distingue il ruolo di mero accertamento svolto dal seggio di gara dalle valutazioni tecnico-discrezionali svolte dalla commissione, di cui sono prerogativa l'apprezzamento degli elementi tecnici delle offerte e l'attribuzione dei relativi punteggi<sup>43</sup>.

L'attività di valutazione delle offerte da parte della commissione si svolge in sedute riservate, a differenza delle operazioni di apertura dei plichi e di verifica della documentazione amministrativa, ma anche di quelle di attribuzione del punteggio alle offerte economiche, in quanto priva di qualsivoglia discrezionalità.

Le sedute in cui si valutano le offerte tecniche devono essere il più possibile ravvicinate e svolgersi senza soluzione di continuità e con massima speditezza, in attuazione di quello che talvolta viene definito **principio di continuità e concentrazione** della procedura di gara, espressione del principio della *par condicio* tra offerenti e dei canoni di economicità ed efficienza<sup>44</sup>. Ciononostante, è consolidato l'indirizzo del giudice amministrativo per cui tale principio è solo tendenziale e suscettibile di deroga in presenza di ragioni oggettive, tra cui l'ipotesi di complessità delle operazioni di valutazione delle offerte e l'alto numero di partecipanti alla gara<sup>45</sup>.

D'altro canto, anche ove si contesti che il tempo impiegato dalla commissione per valutare le offerte sia eccessivamente breve, la giurisprudenza sottolinea che non si tratta di un elemento che, di per sé, possa invalidare i giudizi. Si sottolinea, infatti, che la brevità del tempo impiegato per la valutazione di un'offerta può dipendere da molteplici fattori quali, ad esempio, «*le particolari doti, anche di sintesi, dei commissari, l'efficienza nell'organizzazione dei lavori della commissione, l'utilizzo di modelli precompilati, la rilevazione icu oculi delle peculiari caratteristiche delle offerte presentate*»<sup>46</sup>. La contestazione incentrata sul tempo impiegato per l'esame delle offerte viene considerata di carattere meramente formale e, pertanto, si ritiene che essa vada necessariamente

<sup>43</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1477.

<sup>44</sup> Sin dal Regolamento di contabilità generale dello Stato si prevede che «*se l'incanto non possa compiersi nello stesso giorno in cui fu aperto, sarà continuato nel primo giorno seguente non festivo*» (art. 71 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827).

<sup>45</sup> Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 695, relativa ad un caso in cui la documentazione tecnica era estremamente voluminosa e la griglia di giudizi e punteggi era articolata in ben 19 pagine.

<sup>46</sup> Si veda TAR Veneto, Sez. III, 19 maggio 2021, n. 670 (confermata da Cons. Stato, Sez. III, 9 novembre 2021, n. 7456), relativa ad un caso in cui, in una procedura per l'affidamento in concessione della gestione di una struttura residenziale per anziani, si erano impiegate 5 ore e 42 minuti per valutare due offerte.

accompagnata con censure di maggiore sostanza vertenti sul risultato finale della valutazione della commissione<sup>47</sup>.

Analogamente, in assenza di espresse previsioni della documentazione di gara, la commissione non è vincolata a seguire l'**ordine in cui i criteri di valutazione sono elencati** nel disciplinare, poiché le griglie in esso contenute assumono solitamente il valore di una semplice elencazione, senza prescrivere un ordine cronologico tassativo nello svolgimento delle operazioni di esame degli elementi dell'offerta e di assegnazione dei relativi punteggi<sup>48</sup>.

Come è evidente, risulta di particolare importanza la modalità con cui la commissione lascia traccia dei propri lavori e, in particolare, della valutazione delle offerte, per ciascuno dei criteri e dei sub-criteri indicato dal bando. In generale, la **verbalizzazione** rappresenta la forma necessaria di tutti gli atti della commissione di gara. In mancanza, gli atti della commissione stessa non potrebbero nemmeno dirsi giuridicamente esistenti<sup>49</sup>. Il verbale della commissione costituisce un atto pubblico assistito da fede privilegiata e, ai sensi dell'art. 2700 cod. civ., fa piena prova sino a querela di falso di quanto in esso attestato.

#### **CASO PRATICO – La commissione non può cambiare idea dopo la valutazione delle offerte**

In una procedura telematica aperta per la fornitura in noleggio di materassi antidecubito per una Asl, la commissione giudicatrice, una volta valutate le offerte tecniche in seduta riservata e resi noti i relativi punteggi nella successiva seduta pubblica, era intervenuta a rideterminare il punteggio dell'offerta di un concorrente alla luce di alcune osservazioni avanzate da quest'ultimo, senza peraltro motivare quali circostanze avessero indotto a un simile mutamento di giudizio. Il concorrente in questione era dunque risultato aggiudicatario della procedura. Il TAR ha dichiarato inattendibile l'operato della commissione, poiché, in forza dei principi di imparzialità, di trasparenza e di *par condicio* che governano le procedure di gara, la valutazione qualitativa delle offerte svolta in seduta riservata per agevolare un libero confronto dialogico tra i membri della commissione, una volta resa nota in seduta pubblica, assume un carattere di stabilità e definitività, al punto da rendere intangibile tale giudizio che, al più, è contestabile con gli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento (ricorso giurisdizionale). La commissione non può quindi modificare a proprio piacere e in ogni momento il giudizio esternato, poiché ne verrebbe frustrata la sua stessa attendibilità, a meno che, diversamente dal caso di specie, si tratti di una ipotesi di rettifica di un errore evidente e riconoscibile, ovvero ricorrano i presupposti che consentano di inquadrare l'operato di cui si discorre in un intervento in autotutela (TAR Puglia, Bari, Sez. II, 15 aprile 2022, n. 513).

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1323.

<sup>48</sup> Si vedano Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451 e TAR Toscana, Sez. II, 12 maggio 2020, n. 565 riformata in appello ma non su questo punto.

<sup>49</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2017, n. 2445.

Il **punteggio numerico** assegnato agli elementi di valutazione delle offerte tecniche negli appalti pubblici, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, integra una motivazione sufficiente per la valutazione stessa, quando i relativi criteri sono stati prefissati con chiarezza e con un adeguato grado di dettaglio, così da delimitare il giudizio della commissione. Si ritiene, infatti, che in tal caso sussista comunque la possibilità di ripercorrere il momento valutativo e, quindi, di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico<sup>50</sup>.

Ove però non sussistano tali presupposti, può essere richiesto alla commissione un maggiore sforzo motivazionale.

#### **CASO PRATICO – Quando il punteggio numerico non basta**

Nel caso di una gara per un servizio di pulizie, in cui nel bando di gara ad uno dei criteri di valutazione erano assegnati ben 62 punti ed anche ai relativi sub-criteri erano assegnate forchette di punteggio molto ampie (ad esempio, per le *"proposte migliorative rispetto a quanto previsto dal Capitolato"* fino a 30 punti), il TAR Lazio, Roma, ha accolto il ricorso con cui si lamentava un vizio di motivazione relativo al punteggio numerico. Nel caso di specie, la commissione di gara non aveva predeterminedo ulteriori parametri e il giudice di primo grado ha ritenuto che sussistesse un evidente vizio di motivazione, in quanto il *range* di punteggio particolarmente ampio di alcuni sub-criteri (appunto, fino a 30 punti) risultava più che sufficiente a determinare la diversità di punteggio determinante ai fini dell'esito della gara. Sarebbe invece stato sufficiente il voto numerico laddove fosse stato predeterminedo un valore esplicito del voto stesso, come, ad esempio, "x" per sufficiente, "y" per buono e così via. Diversamente, il voto numerico avrebbe dovuto essere accompagnato da un'esplicazione testuale delle sue ragioni, anche in termini comparativi. La sentenza sottolinea anche che, nel caso concreto, non è stata comunque dimostrata una corrispondenza della qualità del progetto tecnico alla valutazione del punteggio operata dalla commissione, il che avrebbe potuto disvelare, per ipotesi, una natura meramente formale del vizio di motivazione (TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 20 aprile 2021, n. 4599).

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del TAR, sottolineando che, nel caso di specie, la commissione giudicatrice, oltre ad essersi limitata ad indicare un valore numerico, non ha neanche compiuto l'ulteriore sforzo di indicare i singoli punteggi da attribuire in relazione ai singoli sub-criteri di valutazione. Infatti, la griglia di assegnazione dei punteggi riportava esclusivamente il criterio e il sub-criterio di valutazione, nonché il punteggio massimo assegnabile e il punteggio assegnato, senza tuttavia suddividerlo in relazione ai singoli sub-criteri, ma riportando soltanto la somma finale (Cons. Stato, Sez. V, 1° febbraio 2022, n. 703).

<sup>50</sup> Cons. Stato, Sez. III, 14 aprile 2022, n. 2819; Id., Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2442; Id., 29 luglio 2019, n. 5308; Id., 3 aprile 2018, n. 2051.

### **CASO PRATICO – Il difetto di motivazione e la convocazione di una nuova commissione**

Nell'ambito di una gara per l'affidamento di un servizio di igiene ambientale, la seconda classificata aveva impugnato l'aggiudicazione, deducendo un difetto di motivazione, nella parte in cui la Commissione aveva attribuito un punteggio pari a 0 per le voci relative alle "migliorie" e alle "novità assolute", senza tuttavia prestare alcuna motivazione volta a dar conto delle ragioni per le quali il progetto proposto non era stato ritenuto idoneo. Il TAR di Palermo (Sez. III, ordinanza 11 aprile 2018, n. 857) aveva richiesto alla commissione di gara di esplicitare "le ragioni poste a supporto della valutazione". In ottemperanza alla richiesta del TAR, la commissione di gara, ricostituendosi in eguale composizione, aveva confermato la sua valutazione circa la totale insufficienza delle parti dell'offerta relative alle "migliorie" e alle "innovazioni", continuando tuttavia a non fornire alcun ragguaglio in ordine alle ragioni e ai criteri sui quali aveva basato il proprio giudizio negativo.

Con sentenza 27 giugno 2018, n. 1451, il TAR Sicilia, Palermo, aveva quindi accolto il ricorso, demandando ad una nuova commissione, costituita in diversa composizione, il compito di rivalutare l'offerta e di supportare un eventuale giudizio di totale insufficienza, con l'indicazione delle ragioni poste a fondamento.

In sede di appello, il CGARS ha ritenuto corretto l'operato del giudice di primo grado: sebbene la richiesta di rinnovazione della commissione non fosse stata esplicitamente formulata dalla ricorrente, il giudice ha correttamente disposto la nomina di una nuova commissione, poiché è solo in sede processuale che è emersa una simile necessità. La commissione di gara, infatti, non ha fornito i ragguagli richiesti con ordinanza, limitandosi a confermare il provvedimento impugnato e intendendo così che la mera espressione del voto in termini di insufficienza assoluta (e cioè mediante l'uso dello "zero") fosse di per sé indicativa e sufficientemente rappresentativa delle ragioni che avevano determinato la valutazione negativa. Se il TAR avesse invece adottato una decisione di accoglimento in funzione puramente cassatoria del provvedimento, si sarebbe in ogni caso reso necessario procedere alla rinnovazione del segmento procedimentale viziato e, dunque, alla riconvocazione della commissione: in questa fase, sarebbe sorta la questione della corretta composizione della stessa. Sicché è apparso logico il ragionamento del giudice di primo grado che, in un'ottica di economia processuale, ha ritenuto di affrontare e di decidere fin da subito circa la composizione della commissione, che diversamente sarebbe stata formata dai medesimi soggetti che si erano rifiutati di svolgere l'integrazione motivazionale richiesta. Di conseguenza, anche l'esito del provvedimento finale sarebbe stato prevedibilmente scontato (CGARS, 18 settembre 2019, n. 823).

Con riferimento a quali elementi la commissione sia obbligata a rendere evidenti nel verbale, secondo la giurisprudenza l'obbligo di verbalizzazione non si estende ai **giudizi dei singoli commissari**, a meno che non vi sia un obbligo di specifica verbalizzazione im-

posto dal disciplinare di gara. In mancanza di una siffatta previsione, infatti, i giudici dei singoli commissari assumono valore di formalità interna ai lavori della commissione e non devono quindi risultare dal verbale, in cui è sufficiente indicare il punteggio complessivo. Le valutazioni di ciascun commissario sono considerate destinate ad essere assorbite nella decisione collegiale finale, «*costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali*»<sup>51</sup>.

Un'altra questione spesso sottoposta all'attenzione del giudice amministrativo riguarda i casi in cui i componenti della commissione esprimano **tutti un identico punteggio**. La giurisprudenza ritiene che la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio non integri, di per sé, un profilo di illegittimità dell'aggiudicazione<sup>52</sup>, potendo derivare da una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno all'organo collegiale<sup>53</sup>, ma senza risultare di per sé in una collegialità del voto, anziché in un insieme di singoli voti coincidenti<sup>54</sup>. Ciò a maggior ragione in assenza di motivi, seppure indiziari, volti ad evidenziare qualche vizio specifico della valutazione in concreto effettuata dalla commissione<sup>55</sup>, in quanto, come piace ricordare ai giudici amministrativi, le norme dell'evidenza pubblica non sono poste formalisticamente a presidio di un pericolo astratto<sup>56</sup>.

#### 4.4. L'attribuzione del punteggio agli elementi quantitativi

Come si è visto, i criteri per l'attribuzione del punteggio alle offerte presentate in una gara di appalto pubblico possono avere natura quantitativa, discrezionale/qualitativa o tabellare. Dei criteri di natura tabellare si è già parlato<sup>57</sup>: l'attribuzione del relativo punteggio, solitamente in termini assoluti, non pone particolari problemi<sup>58</sup>. È invece opportuno soffermarsi sulle modalità di attribuzione del punteggio per le altre due tipologie di criteri.

I punteggi per i criteri di natura quantitativa vengono determinati mediante l'applicazione di una formula matematica ad elementi misurabili (euro, ore, metri, ecc.). In tale contesto, lo scopo del presente paragrafo è soprattutto quello di incoraggiare una riflessione sulle implicazioni dell'utilizzo delle varie formule. Infatti, oggigiorno non è necessario saper effettivamente applicare le formule, essendo sufficiente per gli operatori un

<sup>51</sup> Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7787. Così anche Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952.

<sup>52</sup> Cons. Stato, Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 8259.

<sup>53</sup> Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 5130. Sulla collegialità del giudizio della commissione si veda A. Vallefucio, *La commissione giudicatrice, in I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino e S. Sticchi Damiani, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 444.

<sup>54</sup> Così in un caso di applicazione del metodo del confronto a coppie Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2021, n. 6296.

<sup>55</sup> Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1497.

<sup>56</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 1° marzo 2021, n. 541. Per quanto riguarda le questioni potenzialmente infinite che si pongono con riferimento all'esito della valutazione e alla contestazione dei punteggi attribuiti, nei limiti in cui tale contestazione sia possibile, si rinvia al par. 4.10.

<sup>57</sup> Par. 3.6.

<sup>58</sup> Ad esempio, il possesso di una data certificazione determinerà l'attribuzione di 1 punto, altrimenti per quella voce non verrà attribuito alcun punto.

foglio di calcolo per sviluppare delle proiezioni dei possibili risultati, mentre i portali per le procedure telematiche adoperati dalle stazioni appaltanti sono solitamente in grado di svolgere direttamente i calcoli necessari per l'attribuzione dei punteggi.

È tipicamente di natura quantitativa il contenuto delle offerte economiche, che si tratti di un prezzo o di un ribasso percentuale. Non si deve però escludere la presenza di elementi quantitativi anche nelle offerte tecniche: basti pensare, ad esempio, ad aspetti quali il tempo di esecuzione dei lavori, il numero di ore di formazione del personale, la tempistica della risposta di un pronto intervento, il numero di tirocini per gli ospiti di un centro diurno e via dicendo. In proposito, si ritiene che sia legittimo utilizzare parametri di tipo quantitativo anche con riferimento all'offerta tecnica, purché questi siano effettivamente volti a valutare la qualità del progetto<sup>59</sup>.

Per "trasformare" i valori offerti dai concorrenti – ad esempio, un ribasso del 3,5% oppure 8 ore mensili di formazione aggiuntive – in un punteggio collocato nella forchetta che la stazione appaltante ha deciso di dedicare alla relativa voce, è necessario dunque l'impiego di una formula matematica.

A tale scopo, le amministrazioni possono scegliere tra varie tipologie di formule, rendendo nota la decisione – rimessa alla loro discrezionalità e censurabile solo in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità<sup>60</sup> – nel bando di gara. Come si vedrà, infatti, la scelta tra una formula e l'altra può avere effetti incisivi e talora decisivi sulla graduatoria finale e, pertanto, gli operatori economici devono essere messi in condizione di conoscere quale sarà adoperata, per formulare la propria offerta con la consapevolezza anche di questo aspetto della successiva valutazione.

La formula selezionata deve offrire un risultato ragionevole, proporzionato e non distorto, consentendo, ad esempio, di attribuire il punteggio massimo all'offerta economica che preveda lo sconto più elevato<sup>61</sup>. La scelta deve tenere conto del peso che l'amministrazione attribuisce alla componente valutata con il criterio – ad esempio al prezzo rispetto alla valutazione qualitativa – e di una serie di altri aspetti, fra cui quanto si intende differenziare il punteggio attribuito ad un'offerta rispetto a un'altra in base al criterio stesso.

Quel che è certo è che la formula individuata nel bando di gara deve essere chiara, comprensibile e univoca, proprio per consentire agli operatori di essere consapevoli delle implicazioni della stessa al momento di redigere l'offerta. Il giudice amministrativo, ad esempio, ha annullato una procedura di gara in un caso in cui, tra il disciplinare di gara e il capitolato, si faceva riferimento – come base per l'applicazione della formula – a volte alla sommatoria dei ribassi e a volte al prezzo<sup>62</sup>.

Non esiste un elenco tassativo delle formule utilizzabili né nel Codice, né in altre fonti. Alcune tipologie di formule sono illustrate nelle più volte richiamate Linee guida

<sup>59</sup> Così TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 aprile 2019, n. 4703.

<sup>60</sup> Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276; Id., Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185.

<sup>61</sup> Lo sottolinea da ultimo TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 aprile 2022, n. 727. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello avverso la sentenza.

<sup>62</sup> Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2021, n. 1804.

ANAC n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>63</sup> e, con maggiore dettaglio, in un Quaderno dell'allora AVCP del dicembre 2011<sup>64</sup>, che si riferisce ovviamente al Codice previgente, ma che risulta in buona parte ancora attuale, tanto che le stesse Linee guida vi rinviano espressamente<sup>65</sup>. Le Linee guida descrivono alcune delle formule, mentre altre vengono solo richiamate. È appena il caso di ricordare che le Linee guida in questione hanno carattere non vincolante e, dunque, non fissano regole di carattere prescrittivo<sup>66</sup>. Comunque, esse affermano chiaramente che le proprie indicazioni sul punto sono solo esemplificative e che le stazioni appaltanti possono utilizzare anche altri meccanismi, purché siano ragionevoli<sup>67</sup>.

Le formule per l'attribuzione del punteggio, innanzitutto, si distinguono fra:

- **formule interdipendenti**, in cui il punteggio attribuito a un concorrente dipende da quello attribuito agli altri;
- **formule indipendenti**, in cui, invece, il punteggio attribuito a un concorrente prescinde da quello attribuito agli altri.

L'ANAC sconsiglia l'utilizzo delle formule indipendenti, perché queste consentono al concorrente di calcolare in anticipo il proprio punteggio, determinando un rischio di allineamento delle offerte, e ritiene necessaria, nel caso di un loro utilizzo, un'adeguata motivazione da parte della stazione appaltante, oltre che un'elevata conoscenza del mercato da parte della stessa<sup>68</sup>.

Le formule interdipendenti mettono in relazione l'offerta in esame con l'offerta migliore per lo specifico elemento valutato (il maggior ribasso, il tempo più breve, il maggior numero di ore di formazione e via dicendo). Da tale relazione si ottiene un coefficiente che si può poi utilizzare per ottenere il punteggio per la voce dell'offerta in esame. Tale passaggio dipende anche dalla metodologia utilizzata per la formazione della graduatoria finale, su cui si tornerà in seguito<sup>69</sup>. Negli esempi del presente paragrafo, per chiarezza espositiva, si sono direttamente trasformati i coefficienti in un punteggio numerico in trentesimi.

Tra le formule interdipendenti, una delle più semplici è quella del cosiddetto **metodo lineare**, detto anche "interpolazione lineare", la cui denominazione deriva dalla rappresentazione grafica della formula che è costituita da un unico segmento.

<sup>63</sup> Di cui va rammentata però la non vincolatività, *cfr.*, con specifico riferimento all'attribuzione dei punteggi, Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805.

<sup>64</sup> AVCP, Quaderno "Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", dicembre 2011.

<sup>65</sup> Linee guida ANAC n. 2, par. IV.

<sup>66</sup> Venendo definite uno strumento di "regolazione flessibile" (con riferimento al tema *de qua*, Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026).

<sup>67</sup> L'ANAC, con evidentemente in mente il criterio del prezzo, declina tale ragionevolezza richiedendo che il sistema attribuisca un punteggio nullo all'offerta che non presenta sconti e il punteggio massimo all'offerta che reca lo sconto più elevato.

<sup>68</sup> Linee guida ANAC n. 2, par. IV. Le formule indipendenti tendenzialmente non attribuiscono il punteggio massimo alla migliore offerta. Nel caso del loro utilizzo, tuttavia, non è particolarmente sensato effettuare la riparametrazione del punteggio, in quanto così facendo si finirebbe per trasformarle in formule interdipendenti. Sulla riparametrazione si tornerà nel par. 4.9.

<sup>69</sup> Nel par. 4.8.

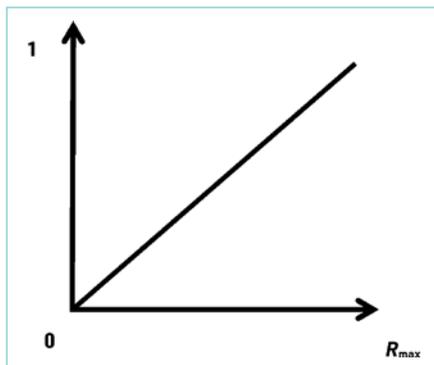


Figura 4.1. Metodo lineare

Con il metodo lineare, per l'elemento  $k$  dell'offerta del concorrente  $i$ ,

$$V_i = R_i / R_{\max}$$

in cui:

- $V_i$ : coefficiente della prestazione dell'offerta del concorrente  $i$  rispetto all'elemento  $k$ , variabile tra 0 e 1, (ad es. 0 corrisponde a nessun ribasso e 1 al massimo ribasso);
- $R_i$ : valore (ad es. il ribasso) offerto dal concorrente  $i$ . Se non è stato offerto alcun ribasso,  $R_i = 0$  e, se è stato offerto il massimo ribasso,  $R_i = R_{\max}$ ;
- $R_{\max}$ : valore (ad es. il ribasso) dell'offerta migliore per l'elemento  $k$ .

Il metodo lineare è uno dei più semplici e, infatti, è molto usato dalle stazioni appaltanti, ma conduce a differenze elevate fra i punteggi attribuiti anche a fronte di scarti limitati tra le offerte dei concorrenti. Questo accade, in particolare, quando il valore migliore (ad esempio, il massimo ribasso) non è molto elevato.

La formula lineare, dunque, incoraggia offerte aggressive. Tale caratteristica preoccupa l'ANAC, che raccomanda cautela nel suo utilizzo per attribuire il punteggio all'elemento prezzo, anche per non privilegiare eccessivamente la componente economica a discapito di quella tecnica<sup>70</sup>. Vediamo un esempio dell'utilizzo del metodo lineare, raffrontando alcuni possibili scenari (molto semplificati, al solo fine di sottolineare gli aspetti che ci interessano), in cui il punteggio massimo attribuibile al ribasso economico è di 30 punti:

#### GARA A

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	0%	0	0
2	0,5%	0,25	7,5

[segue]

<sup>70</sup> Nella nota illustrativa del nuovo bando tipo n. 1, approvato con delibera n. 773 del 24 novembre 2021, l'ANAC suggerisce che, nel caso di utilizzo del metodo lineare, le stazioni appaltanti diano un adeguato peso alla componente tecnica, al fine di evitare che venga di fatto annullato il confronto sugli elementi qualitativi dell'offerta.

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
3	1%	0,5	15
4	2%	1	30

**GARA B**

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	0%	0	0
2	0,5%	0,02	0,6
3	15%	0,6	18
4	25%	1	30

**GARA C**

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	20%	0,833	24,99
2	21,5%	0,896	26,88
3	23,5%	0,979	29,37
4	24%	1	30

Quindi, ad esempio, il punteggio dell'offerta n. 2 nella gara A si ottiene come segue:

$$V_i = R_i / R_{\max} = 0,5 / 2 = 0,25$$

$$P_i = 0,25 \cdot 30 = 7,5$$

Come si vede, trattandosi di una formula interdipendente, lo stesso ribasso (0,5%) produce effetti diversi e ottiene punteggi molto differenziati a seconda della gara, risentendo delle offerte degli altri concorrenti (rispettivamente 7,5 e 0,6 punti nelle gare A e B).

La giurisprudenza si è talora trovata a esprimersi circa la legittimità dell'utilizzo della formula lineare. In particolare, in un caso in cui si contestava che il metodo lineare avrebbe determinato un effetto distorsivo del criterio di aggiudicazione basato sul miglior rapporto qualità/prezzo, riducendo eccessivamente il peso attribuito alla valutazione dell'offerta tecnica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che premiare in maniera decisa e significativa il ribasso economico offerto fosse comunque una legittima facoltà per una stazione appaltante che intendesse privilegiare – anche accanto ad una valutazione qualitativa – l'aspetto del contenimento dei costi.

Nel caso di specie, peraltro, la ricorrente in primo grado aveva offerto un ribasso minimo dello 0,011% (con uno scarto incisivo rispetto a quanto offerto dall'aggiudicatario, oltretutto l'8,80%). Poiché, come si è visto, il metodo lineare ha effetti particolarmente incisivi quando lo scarto fra le offerte è ridotto, il Consiglio di Stato ha ritenuto non sussistente nel caso concreto il rischio – riconosciuto comunque come insito nel meccanismo in questione – di sovrastimare il peso dell'offerta economica<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413.

Leggermente più complesso è il **metodo bilineare**, in cui si individua una soglia, ad esempio la media dei ribassi offerti dai concorrenti, oltre la quale i punteggi flettono e crescono a un ritmo meno elevato.

Il metodo bilineare graficamente si rappresenta con una linea spezzata composta di due segmenti, uno prima e uno dopo il valore soglia. Sostanzialmente, nella prima parte della linea spezzata, dove la pendenza è più pronunciata, vi è un maggiore incentivo per gli offerenti a offrire (nel caso dell'elemento prezzo) ribassi sempre più alti, ma, a differenza del metodo lineare, ciò solo fino al valore soglia, oltre il quale vi è sempre un incentivo a offrire ribassi più elevati, ma in misura minore.

Per il metodo bilineare si devono utilizzare due formule diverse, una da applicare ai valori inferiori o uguali al valore soglia e una per i valori superiori. Anche in questo caso viene calcolato un coefficiente che poi si moltiplica per il punteggio massimo attribuibile per quell'elemento, ottenendo il punteggio del concorrente.

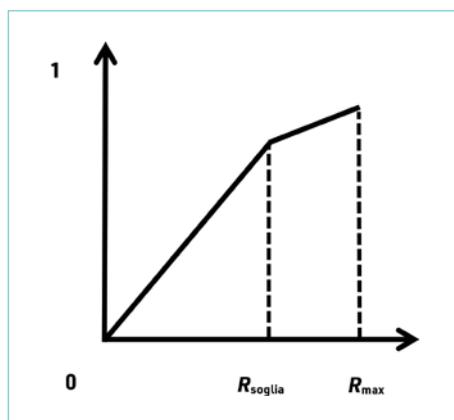


Figura 4.2. Metodo bilineare

Con il metodo bilineare, per l'elemento  $k$  dell'offerta del concorrente  $i$ :

$$\text{Per } R_i \leq R_{\text{soglia}} : V_i = X \cdot R_i / R_{\text{soglia}}$$

$$\text{Per } R_i > R_{\text{soglia}} : V_i = X + (1 - X) \cdot [(R_i - R_{\text{soglia}}) / (R_{\text{max}} - R_{\text{soglia}})]$$

in cui:

- $V_i$ : coefficiente della prestazione dell'offerta del concorrente  $i$  rispetto all'elemento  $k$ , variabile tra 0 e 1, (ad es. 0 corrisponde a nessun ribasso e 1 al massimo ribasso);
- $R_i$ : valore (ad es. il ribasso) offerto dal concorrente  $i$ ;
- $R_{\text{max}}$ : valore (ad es. il ribasso) dell'offerta migliore per l'elemento  $k$ ;
- $R_{\text{soglia}}$ : valore soglia;
- $X$ : punteggio corrispondente al valore soglia in proporzione al punteggio massimo.

Il valore soglia può essere prefissato nel bando di gara, ma, per evitare il rischio che vi sia un appiattimento tra le offerte, è preferibile che esso dipenda dalle offerte effettivamente presentate, utilizzando, ad esempio, la media dei ribassi offerti. Il punteggio  $X$  corrispondente al valore soglia in proporzione al punteggio massimo viene invece indicato nel bando. Nelle Linee guida ANAC n. 2 si indicano come possibili valori per  $X$  i coefficienti "0,80", "0,85" e "0,90". Diversamente dal metodo lineare, proprio in virtù della flessione dopo il valore soglia, il metodo bilineare minimizza lo scarto tra un'offerta e l'altra oltre tale valore. Vengono dunque disincentivati i ribassi troppo aggressivi (e, infatti, l'ANAC ne consiglia l'utilizzo per l'elemento prezzo<sup>72</sup>).

Vediamo quale sarebbe l'effetto su alcuni dei possibili scenari prima esaminati dell'utilizzo di una formula bilineare anziché di quella lineare. Nell'esempio, il punteggio massimo al ribasso sul prezzo è di 30 punti, arrotondato a tre cifre dopo la virgola,  $X = 0,85$  e il valore soglia è la media aritmetica dei ribassi offerti:

### GARA A

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	0%	0	0
2	0,5%	0,486	14,58
3	1%	0,867	26,01
4	2%	1	30

$$R_{\text{soglia}} = 0,875$$

### GARA B

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	0%	0	0
2	0,5%	0,042	1,26
3	15%	0,899	26,97
4	25%	1	30

$$R_{\text{soglia}} = 10,125$$

### GARA C

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	20%	0,764	22,92
2	21,5%	0,821	24,63
3	23,5%	0,957	28,71
4	24%	1	30

$$R_{\text{soglia}} = 22,25$$

<sup>72</sup> Linee guida ANAC n. 2, par. IV.

Quindi, ad esempio, nella gara A il punteggio dell'offerta n. 2, il cui ribasso risulta inferiore alla media dei ribassi offerti, si ottiene come segue:

$$V_i = X \cdot R_i / R_{\text{soglia}} = 0,85 \cdot 0,5 / 0,875 = 0,85 \cdot 0,571 = 0,485$$

$$P_i = 0,486 \cdot 30 = 14,58$$

Invece, nella stessa gara, il punteggio dell'offerta n. 3, il cui ribasso è invece superiore alla media dei ribassi offerti, si ottiene come segue:

$$\begin{aligned} V_i &= X + (1 - X) \cdot [(R_i - R_{\text{soglia}}) / (R_{\text{max}} - R_{\text{soglia}})] = \\ &= 0,85 + (1 - 0,85) \cdot [(1 - 0,875) / (2 - 0,875)] = 0,85 + 0,15 \cdot [(0,125 / 1,125)] = \\ &= 0,85 + 0,15 \cdot 0,111 = 0,85 + 0,017 = 0,867 \end{aligned}$$

$$P_i = 0,867 \cdot 30 = 26,01$$

Per rendere particolarmente visibili gli effetti dell'utilizzo del metodo bilineare anziché di quello lineare, utilizziamo il seguente scenario, per quanto sia poco probabile che si verifichi in concreto.

## GARA D

Metodo lineare:

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	1%	0,091	2,73
2	3%	0,273	8,19
3	5%	0,455	13,65
4	7%	0,636	19,08
5	9%	0,818	24,54
6	11%	1	30

Metodo bilineare:

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	1%	0,142	4,26
2	3%	0,425	12,75
3	5%	0,708	21,24
4	7%	0,880	26,40
5	9%	0,940	28,20
6	11%	1	30

$$R_{\text{soglia}} = 6$$

Raffrontando i risultati della gara D, si può vedere come, utilizzando il metodo bilineare, l'incentivo a offrire ribassi maggiori oltre la soglia cresca a un ritmo inferiore rispetto a quanto avviene quando si usi, invece, il metodo lineare.

Offerte	Differenza di punteggio con il metodo lineare	Differenza di punteggio con il metodo bilineare
1 e 2	5,46 punti	8,49 punti
2 e 3	5,46 punti	8,49 punti
3 e 4	5,43 punti	5,16 punti
4 e 5	5,46 punti	1,80 punti
5 e 6	5,46 punti	1,80 punti

Vi sono poi dei metodi che possiamo definire come "non lineari" e la cui rappresentazione grafica dà luogo a delle curve, in quanto il rapporto tra l'offerta del concorrente valutato e l'offerta migliore viene elevato ad un esponente positivo. Se questo esponente è inferiore a 1, la curva sarà concava verso il basso (di seguito solo concava), mentre se è superiore a 1 la curva sarà concava verso l'alto o convessa. Inoltre, in base all'esponente individuato cambierà anche la pendenza della curva: ad esempio, tra i valori inferiori a 1, valori più bassi dell'esponente (ad es. 0,2) danno alla funzione un aspetto più curvilineo, mentre valori più alti (ad es. 0,8) avvicinano la funzione a una retta.

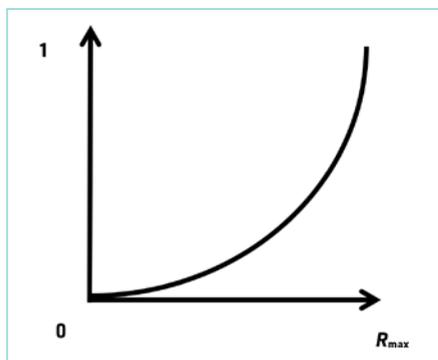


Figura 4.3 (a)

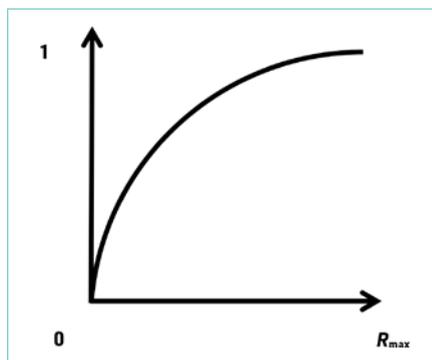


Figura 4.3 (b)

Per l'elemento  $k$  dell'offerta del concorrente  $i$ :

$$V_i = (R_i / R_{\max})^\alpha$$

in cui:

- $V_i$ : coefficiente della prestazione dell'offerta del concorrente  $i$  rispetto all'elemento  $k$ ;
- $R_i$ : valore (ad es. il ribasso) offerto dal concorrente  $i$ ;
- $R_{\max}$ : valore (ad es. il ribasso) dell'offerta migliore per l'elemento  $k$ ;
- $\alpha$ : esponente ( $>0$ ).

Come si vede, è proprio la presenza dell'esponente a caratterizzare le formule curvilinee. Se, per ipotesi, l'esponente fosse pari ad 1, la formula diventerebbe identica a quella del metodo lineare.

Per quanto riguarda gli effetti delle formule non lineari sugli scarti fra un'offerta e l'altra, rimanendo nell'ambito dell'esempio del ribasso sul prezzo, bisogna tenere a mente che se l'esponente è inferiore a 1 i punteggi aumentano con l'aumentare del ribasso, ma in modo meno che proporzionale, in quanto all'avvicinarsi dell'offerta migliore si riduce la pendenza della curva, e si scoraggiano quindi ribassi più elevati. Quando, invece, l'esponente è superiore ad 1, si attribuiscono a variazioni anche piccole tra le offerte, incrementi più che proporzionali di punteggio, premiando molto i ribassi più elevati.

Come la formula bilineare, dunque, le formule concave sono indicate per valutare l'offerta economica nei casi in cui si voglia scoraggiare un'eccessiva competizione sul prezzo, ovvero quando esistano già dei prezzi di riferimento che determinano offerte con ribassi molto contenuti, come può accadere per alcune forniture. In questi casi, una formula lineare potrebbe determinare differenze di punteggio molto marcate tra un'offerta e le altre, pure a fronte di prezzi sostanzialmente allineati<sup>73</sup>.

Vediamo, dunque, l'effetto dell'utilizzo di una formula curvilinea e, in particolare, di una formula con  $\alpha = 0,5$ , in cui vengono premiati maggiormente piccoli scostamenti dei valori alle estremità della distribuzione. Nell'esempio, il punteggio massimo attribuibile al ribasso è di 30 punti, arrotondato a 3 cifre dopo la virgola.

### GARA A

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	0%	0	0
2	0,5%	0,5	15
3	1%	0,707	21,21
4	2%	1	30

### GARA B

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	0%	0	0
2	0,5%	0,141	4,23
3	15%	0,775	23,25
4	25%	1	30

### GARA C

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	20%	0,913	27,39

[segue]

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
2	21,5%	0,946	28,38
3	23,5%	0,99	29,70
4	24%	1	30

Come si vede, una formula come questa può premiare in modo particolare le offerte che si trovano agli estremi della curva. Ad esempio, nella gara B, l'offerta n. 2 (0,5%) risulta valorizzata rispetto agli altri metodi, ottenendo un punteggio maggiore (4,24 anziché 0,60 col metodo lineare e 1,26 col metodo bilineare).

Vi sono, infine, **formule inversamente proporzionali**, in cui – diversamente che nelle formule sinora esaminate – al numeratore viene inserita l'offerta migliore e al denominatore l'offerta del concorrente in esame, ad esempio inserendo al numeratore il prezzo più basso tra quelli validi presentati e al denominatore il prezzo offerto dal concorrente.

Questa tipologia di formula non viene descritta dall'ANAC nelle Linee guida n. 2 – che però come si è visto non contengono un elenco tassativo – ed è stata spesso contestata dinnanzi al giudice amministrativo, con l'argomento che il suo utilizzo appiattisca troppo l'attribuzione del punteggio alla componente economica dell'offerta, sterilizzando le differenze tra le offerte.

Sul punto, un orientamento giurisprudenziale formatosi al tempo del Codice previgente riteneva illegittimo l'utilizzo di tali formule<sup>74</sup>, mentre l'orientamento oggi prevalente afferma che le formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici non sarebbero irragionevoli nell'attuale contesto in cui il Codice dei contratti pubblici del 2016 reca una chiara preferenza per la valutazione di natura qualitativa<sup>75</sup>. La giurisprudenza sottolinea che, comunque, anche una che vede al numeratore il prezzo minimo e al denominatore il prezzo offerto dal concorrente, preserva comunque una correlazione di tipo proporzionale tra il prezzo offerto e il punteggio attribuito, per cui al ridursi del prezzo offerto, il punteggio aumenta e consente di attribuire il punteggio massimo al concorrente che abbia offerto il prezzo più basso e un punteggio progressivamente inferiore ai concorrenti che abbiano offerto un prezzo via via più alto. Il suo utilizzo, dunque, non conduce a distorsioni eccessive ed è pienamente giustificato in appalti ad elevato tasso tecnico e in cui devono prevalere gli aspetti qualitativi, come è stato sottolineato, ad esempio, in un caso di una gara per il servizio di cure domiciliari<sup>76</sup>.

Per l'elemento  $k$  dell'offerta del concorrente  $i$ :

$$V_i = P_{\min} / P_i$$

<sup>74</sup> Si veda fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2017, n. 2739.

<sup>75</sup> Si vedano Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436 e Id., 23 dicembre 2019, n. 8688. A conclusioni diverse è giunto invece il Consiglio di Stato in un caso però effettivamente estremo in cui la stazione appaltante aveva incluso nel valore dell'offerta economica da inserire nella formula anche i costi fissi e non comprimibili del personale e degli oneri di sicurezza, il che aveva determinato uno schiacciamento abnorme dei punteggi (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2356).

<sup>76</sup> Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2021, n. 8353.

in cui:

- $V_i$ : coefficiente della prestazione dell'offerta del concorrente  $i$  rispetto all'elemento  $k$ ;
- $P_i$ : valore (ad es., prezzo) offerto dal concorrente  $i$ ;
- $P_{\min}$ : valore (ad es., prezzo) dell'offerta migliore per l'elemento  $k$ .

Vediamo un esempio in cui viene applicata una formula inversamente proporzionale che mette in relazione il prezzo più basso tra quelli validi presentati e il prezzo offerto dal concorrente valutato, con un punteggio massimo attribuibile all'elemento prezzo di 30 punti, arrotondato a 3 cifre dopo la virgola.

### GARA E

Offerta	Ribasso	$V_i$	Punteggio
1	€ 100.000	0,9	27
2	€ 98.000	0,918	27,54
3	€ 95.000	0,947	28,41
4	€ 90.000	1	30

Tra tutte le possibilità sinora esaminate, quindi, non vi è in termini assoluti un metodo migliore degli altri per valutare gli elementi quantitativi di un'offerta, ma la scelta dipende dalle preferenze della stazione appaltante e dagli obiettivi che questa vuole conseguire. Quel che è certo è che ogni formula ha delle caratteristiche proprie e la scelta di quale inserire nella documentazione di gara **non è neutra**, ma può avere effetti anche dirompenti sulla graduatoria finale, soprattutto nei casi in cui vi sono più criteri di valutazione e dunque la diversa valorizzazione di un elemento rispetto agli altri può modificare l'esito della gara.

Raffrontiamo ad esempio i punteggi ottenuti nella **GARA C** applicando le diverse formule:

Offerta	Punteggio metodo lineare	Punteggio metodo bilineare	Punteggio funzione curvilinea con $\alpha = 0,5$
1	24,99	22,92	27,39
2	26,88	24,63	28,38
3	29,37	28,71	29,70
4	30	30	30

Ipotizzando uno scenario in cui, ad esempio, con riferimento all'offerta tecnica siano stati attribuiti 68 punti all'Offerta 1 e 64 punti all'Offerta 4, la graduatoria finale potrebbe risultare diversa in base alla formula applicata per valutare l'offerta economica.

Punteggio finale con metodo lineare per la valutazione dell'offerta economica:

- Offerta 1:  $24,99 + 68 = 92,99$  punti
- Offerta 4:  $30 + 64 = 94$  punti.

Punteggio finale con metodo curvilineo con  $\alpha = 0,5$  per la valutazione dell'offerta economica:

- Offerta 1:  $27,39 + 68 = 95,39$  punti
- Offerta 4:  $30 + 64 = 94$  punti.

Come si vede, la gara verrebbe vinta dall'Offerta 4 nel caso in cui la formula applicata fosse quella lineare, mentre applicando la formula curvilinea il vincitore sarebbe il concorrente dell'Offerta 1<sup>77</sup>.

Dal punto di vista della tipologia di condotte che la stazione appaltante potrebbe voler incentivare o disincentivare fra i concorrenti con l'utilizzo delle varie formule, abbiamo visto che il metodo lineare incoraggia la presentazione di offerte aggressive, mentre il metodo bilineare la scoraggia. Per le formule curvilinee, si determinano incentivi diversi in base all'esponente selezionato: si scoraggiano le offerte aggressive con l'esponente inferiore ad 1 e le si premiano con l'esponente superiore ad 1. Agli antipodi del metodo lineare, che sottolinea gli scarti tra un'offerta e l'altra, la formula inversamente proporzionale sopra descritta, invece, tende ad appiattire il punteggio attribuito all'elemento valutato.

Come ha sottolineato anche l'ANAC con riferimento all'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo, è opportuno che nella scelta della formula la stazione appaltante sia anche coerente con il peso che ha deciso di attribuire alla componente economica nell'ambito del punteggio complessivo della gara. Ad esempio, se si è attribuito a tale componente un valore molto contenuto (ad esempio, 10 o 15 punti su 100), secondo l'Autorità non dovrebbero essere utilizzate quelle formule che disincentivano la competizione sul prezzo e viceversa<sup>78</sup>.

Anche la Corte costituzionale si è espressa di recente<sup>79</sup>, sottolineando la polivalenza degli effetti delle formule per l'attribuzione di punteggio agli elementi quantitativi e ritenendo illegittima, per la violazione dell'art. 95, co. 6, del Codice, in una materia di competenza statale, una norma della Provincia autonoma di Trento che contemplava l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare la formula bilineare per valutare la componente del prezzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo la Corte costituzionale, è proprio perché le formule possono avere effetti diversi che è importante che queste siano scelte dalla stazione appaltante in base all'oggetto dell'appalto. Infatti, la norma provinciale per l'automatica imposizione di un criterio predefinito è stata dichiarata illegittima perché impediva alla stazione appaltante, che avesse ritenuto di dover dare maggior peso alla componente del prezzo alla luce dell'oggetto e della natura del contratto, di poter scegliere una formula diversa, tradendo l'au-

<sup>77</sup> Con il metodo bilineare, invece, visto che nella gara C le offerte sono molto ravvicinate,  $R_i/R_{\max} > X$  e le offerte inferiori alla migliore sono svantaggiate rispetto all'utilizzo del metodo lineare (sovrapponendo graficamente i due grafici, la linea spezzata del metodo bilineare risulterebbe sotto la retta del metodo lineare).

<sup>78</sup> Linee guida ANAC n. 2, par. IV.

<sup>79</sup> Con la sentenza 28 gennaio 2022, n. 23 sulle leggi della Provincia di Trento nn. 2 e 3 del 2020, di cui si è già parlato con riferimento ai criteri on/off nel par. 3.6.

tonomia di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, che invece ai sensi dell'art. 95, co. 6, del Codice deve caratterizzare l'individuazione, oltre che dei criteri, anche degli elementi di valutazione degli stessi<sup>80</sup>.

Insomma, la scelta fra le varie formule è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che dovrà esercitarla in relazione al risultato che intende conseguire con riferimento all'oggetto della gara e allo specifico parametro di valutazione<sup>81</sup>.

Ciò che conta è che tale scelta non sia operata casualmente – o, magari, privilegiando la formula più semplice o familiare – e che le stazioni appaltanti siano coscienti degli effetti sui punteggi e sulla graduatoria delle formule che inseriscono nello specifico bando.

Al tempo stesso, anche gli operatori economici devono esaminare con attenzione il metodo scelto dall'amministrazione al fine di formulare la loro offerta in modo consapevole. Per quanto con l'utilizzo delle formule interdipendenti non si possa prevedere con esattezza il punteggio che si otterrà, giacché questo dipende dalle offerte degli altri concorrenti, è comunque possibile per gli operatori ragionare tra diversi scenari e, in ogni caso, farsi un'idea in merito alle preferenze della stazione appaltante in base alla formula che ha scelto di inserire nel bando.

#### CASO PRATICO – Previsione di più formule alternative nel bando

In una gara per la fornitura di kit per circolazione extracorporea, il disciplinare di gara, che consentiva la presentazione di offerte al rialzo, prevedeva che il metodo di attribuzione del punteggio dell'offerta economica fosse quello della formula non lineare concava con  $\alpha < 1$ , ma che, nel caso in cui anche una sola offerta fosse stata di importo superiore al prezzo a base d'asta, si sarebbe invece applicata una formula inversamente proporzionale. Non erano state presentate offerte al rialzo e, dunque, era stata applicata la formula concava e la ricorrente aveva dimostrato che l'eventuale applicazione della formula inversamente proporzionale avrebbe potuto comportare l'aggiudicazione in suo favore della gara. Il TAR Veneto ha ritenuto legittima la procedura, sottolineando che, nel caso concreto, la scelta di un doppio criterio non causava un'incertezza tale da rendere impossibile, per l'operatore concorrente, la formulazione di una offerta economica sufficientemente ponderata, in quanto la stazione appaltante si era autovincolata a impiegare l'una o l'altra delle due formule in relazione alla sussistenza di precisi elementi oggettivi

<sup>80</sup> Proprio alla luce di tale esigenza, secondo la sent. n. 23/2022, la normativa statale non prevede più il rinvio al regolamento per l'identificazione delle formule di valutazione delle offerte ma riserva tale scelta alla stazione appaltante.

<sup>81</sup> In tal senso, G.L. Albano, M. Sparro, R. Zampino, *Le formule di aggiudicazione nelle gare d'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *L'Industria*, n. 4/2014, p. 645, dove si sottolinea, ad esempio, che la scelta tra metodi a punteggio assoluto e metodi interdipendenti dipende da quanto la stazione appaltante riesca, in base alla conoscenza delle proprie esigenze e dell'offerta di mercato, a definire un sistema puntuale di preferenze con i parametri di valutazione, determinando l'utilizzo di metodi basati sul punteggio assoluto una maggiore assunzione di responsabilità da parte della stazione appaltante stessa. Al contempo, con l'utilizzo dei metodi interdipendenti, i punteggi attribuiti alle diverse offerte potrebbero non rispecchiare effettivamente l'ordine di priorità della stazione appaltante (cfr. pp. 669 e 670).

(presenza o meno di offerte al rialzo), mettendo comunque i concorrenti nella condizione di competere su criteri già predefiniti.

In seguito a tale autovincolo e al verificarsi della circostanza di fatto della mancata presentazione di offerte al rialzo, non era più possibile alla stazione appaltante applicare la formula inversamente proporzionale. In conclusione, secondo la sentenza in esame, in assenza di norme che lo vietino, è possibile all'interno della medesima gara l'impiego di più formule di valutazione delle offerte economiche applicabili alternativamente, a condizione che gli ambiti applicativi di ciascuna di esse siano predeterminati e ben distinti tra loro (TAR Veneto, Sez. III, 26 aprile 2021, n. 538).

#### 4.5. L'attribuzione del punteggio agli elementi qualitativi

Oltre ai punteggi tabellari e a quelli di natura quantitativa, vi sono poi punteggi assegnati in virtù di criteri di natura qualitativa, che richiedono un giudizio prettamente discrezionale da parte della commissione di gara, che – applicando i parametri prefissati nella documentazione di gara – dovrà esprimere una sua valutazione dell'aspetto qualitativo dell'offerta oggetto di ciascun criterio. Pur nel rispetto dei parametri indicati dal bando e nei binari del corretto esercizio della discrezionalità, sempre sindacabile entro i noti limiti dal giudice amministrativo<sup>82</sup>, si tratta di giudizi che, in una certa misura, sono necessariamente “soggettivi”.

Basti pensare a criteri di valutazione relativi al pregio tecnico di un bene, alle caratteristiche estetiche di un rivestimento, all'efficacia dell'impostazione di un laboratorio di teatroterapia o alla funzionalità di una soluzione organizzativa: è evidente che due commissioni composte da persone fisiche diverse ben potrebbero – legittimamente – attribuire punteggi diversi alle stesse offerte sottoposte alla loro valutazione. Si tratta di un elemento “umano” incompressibile nella selezione dei contraenti pubblici, ferma restando evidentemente la legittimità della composizione della commissione e la competenza dei suoi membri<sup>83</sup>. Anche tale giudizio discrezionale deve, comunque, essere trasformato in numero al fine di comparare ciascuna offerta con le altre e, sommando i punteggi assegnati a tutti gli elementi – qualitativi, quantitativi e tabellari – predeterminati nel bando, stilare la graduatoria finale, individuando l'aggiudicatario.

Come ha sottolineato anche la giurisprudenza, sia i criteri quantitativi che quelli qualitativi richiedono una valutazione da parte della commissione giudicatrice, che per entrambi può essere espressa in termini numerici: per i criteri quantitativi perché normalmente espressi con dati numerici, ma anche per i criteri qualitativi, poiché «è sempre possibile mediante un procedimento logico-intellettuale individuare un indice di misurazione in grado di tradurre l'apprezzamento in un dato numerico», stando la differenza nel fatto che,

<sup>82</sup> Cfr. par. 4.10.

<sup>83</sup> Sulla valutazione delle offerte e la composizione della commissione ci si è soffermati nel par. 4.3.

per i primi, di norma il risultato della valutazione è certo, nel senso che a un dato livello corrisponde sempre un medesimo punteggio, mentre «*per i secondi resta opinabile*»<sup>84</sup>.

Per l'attribuzione da parte dei commissari dei punteggi relativi ai criteri di natura qualitativa, solitamente le stazioni appaltanti ricorrono a due sistemi: l'attribuzione di un coefficiente a ciascuna offerta oppure il "confronto a coppie" fra le offerte. Astrattamente, sarebbe possibile per la stazione appaltante individuare anche una diversa tecnica per l'attribuzione del punteggio qualitativo, purché con un criterio che rispetti i principi di proporzionalità e di trasparenza e che abbia basi scientifiche, ma nella prassi i sistemi utilizzati sono sostanzialmente i due appena evocati<sup>85</sup>.

Il primo sistema è quello in cui ciascun commissario assegna all'offerta in esame un **coefficiente variabile tra zero e uno** per ogni parametro di valutazione qualitativo prefissato nel bando. Si calcolano poi i coefficienti definitivi come media del coefficiente di ciascun commissario e si attribuisce il valore 1 al coefficiente medio più elevato, riparametrando di conseguenza i coefficienti rimanenti<sup>86</sup>.

Nel **confronto a coppie**, invece, ciascun commissario<sup>87</sup> raffronta tramite una matrice l'offerta valutata con tutte le altre, indicando il grado di preferenza dell'una rispetto all'altra all'interno di ciascuna coppia. Si tratta, dunque, di una tecnica in cui la comparazione tra le offerte viene effettuata in modo più preciso rispetto a quanto avverrebbe mediante la semplice attribuzione a ciascuna di un coefficiente, venendo le soluzioni proposte dai concorrenti raffrontate a due a due e dovendosi esprimere il commissario volta per volta sulla preferenza tra le due opzioni.

Si è già accennato che, secondo la giurisprudenza amministrativa, il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione delle offerte costituisce una motivazione sufficiente per la scelta della stazione appaltante, purché i criteri di valutazione indicati nel bando siano sufficientemente dettagliati e consentano di risalire dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa. Il principio generale si applica anche nel confronto a coppie, per cui la giurisprudenza precisa che, una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo, non resta spazio per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli gradi di preferenza indicati, risiedendo la motivazione delle valutazioni qualitative appunto nelle preferenze attribuite ai singoli elementi considerati nei raffronti<sup>88</sup>.

In pratica, il grado di preferenza dei commissari viene espresso con un numero<sup>89</sup> che viene poi inserito in una matrice con un numero di righe e un numero di colonne pari al

<sup>84</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2021, n. 3117.

<sup>85</sup> Linee guida ANAC n. 2, par. V.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> È stata ritenuta legittima anche la scelta della stazione appaltante di far svolgere il confronto a coppie unitariamente da tutta la commissione, attribuendo collegialmente i coefficienti. Così TAR Toscana, Sez. III, 12 luglio 2019, n. 1081, che ha sottolineato che la regola della collegialità si presta a essere declinata secondo varie formule in base alle esigenze dell'amministrazione, purché si salvaguardi la possibilità di ciascun commissario di concorrere efficacemente alla valutazione delle offerte.

<sup>88</sup> Tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2019, n. 4364.

<sup>89</sup> Nelle Linee guida n. 2, l'ANAC fornisce un esempio con un grado variabile tra 1 e 6: «1 - nessuna preferenza; 2 - preferenza minima; 3 - preferenza piccola; 4 - preferenza media; 5 - preferenza grande; 6 - preferenza massima»,

numero delle offerte meno una. In ciascuna casella il commissario indica l'offerta preferita con riferimento all'elemento oggetto di valutazione (ad esempio, con una lettera) e il relativo grado di preferenza.

	B	C	D	E	F	...	N
A							
B							
C							
D							
E							
...							
N-1							

**Figura 4.4.** Fonte: ANAC, Linee guida n. 2

Al termine dei confronti, vi sono poi diversi sistemi per l'attribuzione dei punteggi<sup>90</sup>.

Si può semplicemente, per ciascun commissario, assegnare all'offerta che ha assunto il punteggio migliore per l'elemento in esame il coefficiente 1 e agli altri un punteggio ad esso proporzionale in base al punteggio ottenuto e, successivamente, ottenere i coefficienti finali come media dei coefficienti di ciascun commissario. Poiché facendo la media tra i coefficienti è probabile che nessuna offerta ottenga il valore unitario, occorrerà effettuare la riparametrazione<sup>91</sup>, ovvero assegnare il coefficiente 1 al concorrente che ha ottenuto il coefficiente medio più alto e ai rimanenti un coefficiente ad esso proporzionale.

In alternativa, si può, anziché calcolare i coefficienti per ciascun commissario, sommare direttamente i punteggi attribuiti a ciascuna offerta da tutti i commissari e poi assegnare i coefficienti, dando il coefficiente 1 all'offerta che ha conseguito il punteggio migliore e agli altri un coefficiente ad esso proporzionale. In questo caso, quindi, non è necessaria la riparametrazione.

Tali sistemi, pur considerati tra quelli utilizzabili dalle stazioni appaltanti, possono porre dei problemi di coerenza. È evidente, infatti, che, nell'utilizzo del metodo del confronto a coppie è da evitare uno scenario come il seguente, in cui l'offerta C è preferita all'offerta B, l'offerta B è preferita all'offerta D e l'offerta D è preferita all'offerta C. Come si vede, si tratta di un risultato inconsistente che andrebbe innanzitutto evitato dallo stesso commissario che effettua la valutazione e che compila la tabella.

segnalando anche la possibilità di utilizzare anche valori intermedi (par. V).

<sup>90</sup> L'Allegato G al Regolamento di cui al D.P.R. 207/2010 parlava infatti di cinque metodi per attribuire i punteggi agli elementi di natura qualitativa, di cui uno era la semplice media dei coefficienti, uno un rinvio a un diverso metodo previsto dal bando e gli altri tre erano di fatto declinazioni del confronto a coppie.

<sup>91</sup> Su cui si tornerà nel dettaglio nel par. 4.8.

	B	C	D	E
A	A3	C2	A2	AE1
	B	C5	B4	B5
		C	D5	E2
			D	E5
				E

In realtà, la giurisprudenza esclude che una sorta di “proprietà transitiva” si applichi alle valutazioni effettuate dai commissari mediante il confronto a coppie, ritenendo, invece, che il sistema si basi su autonome e distinte comparazioni di ogni singola offerta con ciascuna delle altre, non contemplando invece la comparazione tra i risultati di ciascun confronto<sup>92</sup>. Sostanzialmente, l’evenienza che un successivo raffronto non risulti coerente con una valutazione comparativa precedente non viene tendenzialmente considerato un problema dai giudici amministrativi, che ritengono che le valutazioni abbiano rilievo solo all’interno di ciascuna coppia.

In ogni caso, per evitare il rischio di incoerenza, sarebbe preferibile utilizzare, per calcolare la media dei coefficienti tra 0 e 1, il metodo fondato sul calcolo dell’autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, che consente il calcolo di un indice di coerenza attraverso il quale valutare la qualità dei punteggi attribuiti a ciascun criterio.

Si tratta di un’applicazione del metodo *Analytic Hierarchy Process* (AHP), che si presta, oltre che all’individuazione dell’offerta migliore, anche all’attribuzione del punteggio ai singoli elementi di natura qualitativa. Il metodo AHP nasce per evitare le inconsistenze e favorire la transitività tra i vari giudizi, grazie all’utilizzo dell’autovalore principale, che consente di verificare la coerenza dei giudizi espressi.

Semplificando molto, ai fini della presente trattazione è sufficiente comprendere che attraverso tale sistema, la consistenza dei giudizi viene verificata tramite il calcolo dagli elementi della matrice del c.d. *autovalore massimo* ( $\lambda_{\max}$ ) che consente di definire un indice di consistenza (CI):

$$CI = (\lambda_{\max} - n) / (n - 1)$$

Quando la matrice è consistente, come quella che segue,  $CI = 0$ . Se invece  $\lambda_{\max}$  si allontana da  $n$ , allora la matrice ha delle inconsistenze<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Così TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 28 marzo 2022, n. 3528 e TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 27 maggio 2022, n. 1227. Si ritiene in proposito che «all’applicazione della c.d. regola della proprietà transitiva osta l’insormontabile ostacolo rappresentato dall’impossibilità di individuare (se non in maniera arbitraria e apodittica) il c.d. confronto-madre, al quale parametrare e ricondurre tutti gli altri» (TAR Campania, Napoli, 8 marzo 2021, n. 1533, che richiama Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3295).

<sup>93</sup> Si veda la spiegazione fornita da F. Talini, F. Barchielli, *L’offerta economicamente più vantaggiosa (OPEV) e il confronto a coppie con il metodo AHP*, in *lavoripubblici.it*, 5 giugno 2018, da cui è estratto anche l’esempio numerico nella matrice quadrata.

	A	B	C
A	1	5	9
B	1/5	1	9/5
C	1/9	5/9	1

Il metodo del confronto a coppie ha senz'altro il pregio di consentire una comparazione più efficace delle offerte tra loro, rispetto all'attribuzione secca di coefficienti discrezionali a ciascuna offerta, che può risultare distorta, soprattutto quando il numero di offerte da valutare è elevato e, magari, le operazioni di valutazione da parte della commissione di gara si protraggono su più giorni. Non bisogna infatti trascurare gli elementi più "umani" della valutazione discrezionale e la possibile formazione di *bias* e di alterazioni nella percezione nell'arco del tempo. Tuttavia, quando il numero di offerte da valutare è davvero molto elevato, anche il numero di confronti da effettuare nella matrice può diventare davvero eccessivo. Risulta in proposito efficace l'esempio fornito dall'ANAC nelle Linee guida n. 2: con 4 concorrenti i confronti da effettuare sono 6, con 10 concorrenti sono 45, ma con 100 concorrenti diventano addirittura 4.950.

#### 4.6. La soglia di sbarramento qualitativa

Tra i vari strumenti a disposizione della stazione appaltante nell'individuazione della migliore offerta, vi è quello della previsione di una soglia di sbarramento qualitativa, per cui le offerte che non ottengono un punteggio pari almeno al minimo prestabilito non sono ammesse alla fase successiva di apertura delle offerte economiche, venendo sostanzialmente escluse dalla procedura. Il fondamento normativo di tale possibilità viene individuato nell'art. 95, co. 8, che prevede che, nella ponderazione relativa di ciascun criterio di valutazione, possa essere prevista una forcella con un punteggio massimo, ma anche minimo<sup>94</sup>. La soglia di sbarramento può essere introdotta tanto in relazione a singoli criteri<sup>95</sup>, quanto rispetto all'offerta tecnica complessivamente intesa<sup>96</sup>.

L'introduzione di una soglia di sbarramento costituisce una facoltà della stazione appaltante, che deve essere oggetto di una previsione "a monte" nella documentazione di gara. Ovviamente, una volta che l'amministrazione si è avvalsa di tale facoltà, l'indicazione nella documentazione di gara rappresenta un autovincolo per l'amministrazione stessa, che non può più decidere di non applicare la soglia, a prescindere dal numero di offerte che la superino.

<sup>94</sup> Per la problematica circa l'applicazione della soglia di sbarramento prima o dopo la riparametrazione dei punteggi si veda il par. 4.8.

<sup>95</sup> TAR Veneto, 9 aprile 2018, n. 369 chiarisce che la scelta di fissare una soglia di sbarramento per un singolo parametro di valutazione dell'offerta tecnica, ritenuto particolarmente significativo rispetto ad altri, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante e non viola l'art. 95, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016.

<sup>96</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, 30 gennaio 2020, n. 437.

Come è noto, infatti, le regole contenute nella *lex specialis* di gara vincolano non solo i partecipanti, ma anche l'amministrazione che la ha redatta, non potendo questa successivamente disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino, poi, inopportune formulate, come appunto potrebbe accadere nel caso in cui venga fissata una soglia che solo pochi concorrenti (o magari addirittura nessuno) riescono a superare<sup>97</sup>. Qualora nessuna offerta soddisfi il livello qualitativo richiesto, infatti, la stazione appaltante non aggiudicherà la gara, nell'esercizio di una sua facoltà discrezionale non dissimile da quella di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto di cui all'art. 95, co. 12, su cui si tornerà a breve<sup>98</sup>. La differenza sostanziale tra i due istituti risiede nel fatto che la soglia di sbarramento costituisce un'anticipazione della decisione discrezionale relativa al livello di non idoneità dell'offerta, che viene cristallizzato nella documentazione di gara in un determinato punteggio.

Ovviamente, ove la soglia fissata risulti irragionevole o sproporzionata, questa potrà essere sottoposta al vaglio del giudice amministrativo su iniziativa dei concorrenti esclusi, fermo restando che l'introduzione della soglia è una scelta discrezionale della stazione appaltante, censurabile solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, incongruenze o palesi abnormità<sup>99</sup>.

La fissazione di una soglia minima di punteggio per l'offerta tecnica non costituisce un requisito di ammissione alla gara, ma semplicemente un valore al di sotto del quale l'amministrazione non ritiene l'offerta tecnica rispondente ai propri interessi, quale che sia la proposta economica del concorrente<sup>100</sup>. Sostanzialmente, l'offerta tecnica che si colloca al di sotto della soglia di sbarramento è per la stazione appaltante procedente inidonea a condurre all'aggiudicazione, a prescindere dalla valutazione dell'offerta economica, in quanto "*qualitativamente inadeguata*"<sup>101</sup>. Lo strumento si ricollega, quindi, all'esigenza specifica di raggiungere, ai fini della singola, particolare procedura contrattuale, in coerenza con le specificità del contratto da concludere e con il complesso dei criteri di scelta, un "*livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato*"<sup>102</sup>.

### CASO PRATICO – Soglia di sbarramento e finanza di progetto

In un caso di finanza di progetto di iniziativa privata per la concessione di servizi relativi alla gestione di una piscina comunale e dei lavori accessori di ristrutturazione

<sup>97</sup> Così ANAC, delibera 18 settembre 2019, n. 824, in un caso in cui la stazione appaltante aveva cambiato idea sull'applicazione dello sbarramento, dopo che era emerso che questo avrebbe consentito l'accesso alla fase successiva ad un solo concorrente, rispetto ai cinque partecipanti alla gara.

<sup>98</sup> Cfr. par. 4.6.

<sup>99</sup> Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084.

<sup>100</sup> Così Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970. Tale approccio, con riferimento a una previsione analoga presente nell'ordinamento spagnolo, è stato ritenuto conforme alla direttiva 2014/24/UE dalla sentenza CGUE, 20 settembre 2018, C-546/16.

<sup>101</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852, richiamata sul punto più di recente da Id., 10 febbraio 2020, n. 1005.

<sup>102</sup> Cons. Stato, n. 1005/2020, *cit.*

zione e riqualificazione, ex art. 183, co. 15, del Codice, si è discusso del rapporto tra il diritto di prelazione del proponente il progetto e partecipante alla conseguente gara – qualora non risultasse aggiudicatario – e l'eventuale soglia di sbarramento individuata nel bando.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la soglia di sbarramento applicabile anche in tale ipotesi, sottolineando che, per quanto la posizione del concorrente/promotore si connota di sue proprie particolarità – in quanto egli, ove non risulti aggiudicatario della gara, può diventarlo mediante l'esercizio del diritto di prelazione – la procedura in questione resta comunque assoggettata ai principi generali delle gare pubbliche, e, più specificamente, a quelli delle gare rette dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, espressamente richiamato dall'art. 183. Pertanto, il giudizio di inidoneità dell'offerta tecnica del concorrente/promotore che deriva dal mancato raggiungimento della soglia di sbarramento, si riflette anche sul diritto di prelazione, che non risulta più esercitabile, in quanto l'intera offerta viene resa *tamquam non esset* (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005).

#### 4.7. La facoltà di non aggiudicare

L'art. 95, co. 12, del Codice – riprendendo sul punto una previsione del previgente D.Lgs. n. 163/2006<sup>103</sup> – disciplina anche l'ipotesi in cui nessuna offerta risulti conveniente o idonea rispetto all'oggetto del contratto, consentendo alla stazione appaltante, in tal caso, di non procedere all'aggiudicazione<sup>104</sup>. Se l'amministrazione intende riservarsi la possibilità di avvalersi di tale facoltà, deve indicarlo espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito<sup>105</sup>.

A tale previsione si affianca quella contenuta, invece, nel precedente art. 94, rubricato "*Principi generali in materia di selezione*", per cui la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto al migliore offerente, se accerta che l'offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro di cui all'art. 30, co. 3, dello stesso Codice.

Di contro, l'attuale Codice non ripropone la disposizione del previgente, per cui le amministrazioni potevano prevedere nel bando che non si sarebbe proceduto all'aggiudicazione nel caso vi fosse stata una sola o due sole offerte valide, le quali non venivano nemmeno aperte<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Si trattava, in particolare, dell'art. 81, co. 3.

<sup>104</sup> Art. 95, co. 12, del D.Lgs. n. 50/2016.

<sup>105</sup> Tale previsione mancava, invece, nel richiamato art. 81, co. 3, del D.Lgs. n. 163/2006.

<sup>106</sup> Si trattava dell'art. 55, co. 4, del D.Lgs. n. 163/2006. L'art. 76, co. 2, del D.P.R. n. 554/1999 prevedeva, invece, che «non si fa luogo ad appalto-concorso o a licitazione privata qualora il numero dei candidati qualificati sia inferiore a tre. In tal caso, la stazione appaltante bandisce una nuova gara mediante pubblico incanto, anche modificando le relative condizioni, e aggiudica comunque l'appalto all'esito della seconda procedura».

La decisione di non aggiudicare la gara ai sensi dell'art. 94, co. 2, risulta apparentemente delineata in termini di facoltà per l'amministrazione, che "può decidere di non aggiudicare". La formulazione della disposizione però lascia perplessi: quindi un'amministrazione potrebbe decidere di aggiudicare una gara a un soggetto la cui offerta si è accertato che violi gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa e dai contratti collettivi? Risulta uno scenario difficile da immaginare e, probabilmente, la stranezza del testo normativo deriva dalla diretta riproduzione del testo dell'art. 56 della direttiva 2014/24/UE che, forse, sul punto risente di una perdita di sfumature in sede di traduzione.

L'art. 95, co. 12, invece, prevede una fattispecie pacificamente di natura discrezionale, consentendo alle stazioni appaltanti di non aggiudicare la gara, se ritengono che nessuna delle offerte sia conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Si tratta di una valutazione del tutto indipendente dalla regolarità formale delle offerte, come ha chiarito la giurisprudenza che ha sottolineato che il co. 12 «*ha natura latamente discrezionale e non implica carenza assoluta dei requisiti richiesti*»<sup>107</sup>. La **non convenienza**, nell'ambito del criterio del miglior rapporto qualità prezzo, deve risultare da una stima globale degli aspetti tecnici ed economici, ivi inclusi, ove pertinenti, i costi del ciclo di vita. L'**inidoneità**, d'altro canto, deve essere valutata in relazione all'oggetto del contratto e quindi, ad esempio, potrà essere considerata inidonea un'offerta il cui progetto tecnico si discosta notevolmente da quello posto a base di gara, oppure un'offerta non conforme alle specifiche tecniche o una che non sia in grado nel suo complesso di garantire la qualità della prestazione necessaria per il perseguimento dell'interesse pubblico sottostante alla gara<sup>108</sup>.

L'ANAC ha di recente chiarito che la stazione appaltante dispone del potere discrezionale di effettuare una valutazione di convenienza economica dell'unica offerta rimasta in gara anche nel caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del **prezzo più basso**, in quanto, nonostante tale potere sia sensibilmente più ampio quando vi sia una valutazione anche qualitativa, non può escludersi che, a prescindere dal giudizio di congruità dell'offerta, la stazione appaltante possa pervenire ad una valutazione di non convenienza dell'offerta, nonostante il ribasso formulato sull'importo posto a base di gara<sup>109</sup>.

In generale, la *ratio* della norma risiede nella necessità di tenere al riparo la stazione appaltante dal rischio di doversi vincolare in rapporti non convenienti, consentendole un ulteriore strumento, ancor prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, dopo il quale sarà necessario per l'amministrazione che voglia manifestare il proprio ripensamento esercitare il potere di autotutela. Al contempo, la necessaria indicazione nel bando di gara dell'intenzione di avvalersi – al ricorrere dei presupposti – della facoltà accordata dalla legge, per quanto possa sembrare un superfluo formalismo, è volta ad

<sup>107</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III, 14 ottobre 2019, n. 11806.

<sup>108</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2016, n. 3029.

<sup>109</sup> ANAC, delibera 29 gennaio 2020, n. 79.

impedire il consolidarsi di un legittimo affidamento del concorrente, il quale, pertanto, non potrà far valere tale profilo nel contestare la decisione dell'amministrazione<sup>110</sup>.

La decisione della stazione appaltante di non aggiudicare la gara rappresenta comunque una diversione rispetto alle finalità del procedimento, volto all'individuazione della migliore offerta al fine di stipulare un contratto con il suo proponente. La conclusione della gara in un "nulla di fatto" si traduce in una deroga al principio di non aggravamento del procedimento e al criterio di economicità e, pertanto, le pubbliche amministrazioni devono adoperare la facoltà in questione con buon senso e ponderazione, a valle di un'adeguata istruttoria e rendendo conto delle ragioni della decisione in una puntuale motivazione.

Del resto, lo scenario in cui nessuna delle offerte risulti idonea, al pari di quello di una gara deserta, dovrebbe essere un'occasione di riflessione per l'amministrazione in merito alla procedura da lei bandita e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

#### **CASO PRATICO – Il prezzo superiore a quello medio nel mercato di riferimento**

Nel caso di una gara per l'affidamento di una fornitura di antisettici e disinfettanti, l'unica offerta valida, delle sette presentate, è risultata di importo superiore a quello rilevato dalla stazione appaltante mediante un'attività di *benchmarking* dei prezzi di beni e servizi in ambito sanitario. L'offerente aveva giustificato tale circostanza limitandosi a rilevare che il prezzo offerto era in linea con quello praticato ad un'altra amministrazione (a seguito non di gara, ma di affidamento diretto). L'amministrazione non aveva ritenuto tale motivazione sufficiente per giustificare un'offerta non conveniente sul piano economico, tanto più in relazione ad una domanda aggregata che avrebbe dovuto consentire l'acquisizione a condizioni di mercato migliori e non peggiori rispetto a quelle medie.

Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto legittima la decisione dell'amministrazione, basata su una ricognizione dei prezzi nel mercato di riferimento (Cons. Stato, Sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1455).

#### **4.8. I meccanismi per la formazione della graduatoria**

A valle delle valutazioni tecniche e dell'attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e quantitativi sinora descritti, è poi necessario sintetizzare il giudizio in un dato numerico unico e finale, al fine di elaborare la graduatoria e dunque individuare l'offerta migliore. Per tale sintesi, esistono in astratto diverse metodologie di calcolo che possono essere adoperate dalle stazioni appaltanti, anche se nella prassi si vede un utilizzo radicalmente preponderante del c.d. *metodo aggregativo compensatore*. Anche in questo caso, la scelta deve essere predeterminata e indicata nella documentazione di gara.

<sup>110</sup> In tal senso, Cons. Stato, Sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1455.

In passato, alcune delle metodologie possibili erano indicate in alcuni allegati al Regolamento di esecuzione ed attuazione del previgente Codice dei contratti pubblici<sup>111</sup>. Oggi, le metodologie sono riassunte nelle Linee guida n. 2 dell'ANAC, ma, come nel caso delle formule per l'attribuzione del punteggio, è consigliabile consultare anche il Quaderno dell'allora AVCP del dicembre 2011<sup>112</sup>, che si riferisce al Codice previgente, ma risulta molto più dettagliato ed esaustivo nella descrizione dei (talora complessi) meccanismi.

Le Linee guida n. 2 dell'ANAC ci tengono a sottolineare che *"nessun metodo è in assoluto il migliore"* e che la stazione appaltante è libera di scegliere il meccanismo che ritiene più opportuno, purché esso abbia basi scientifiche, sia proporzionato in relazione all'oggetto dell'appalto, venga accuratamente descritto nella documentazione di gara e sia *"non discriminatorio"*, con ciò intendendosi che, se un'offerta presenta valori migliori per ciascun coefficiente rispetto ad un'altra, il punteggio finale deve riflettere tali preferenze<sup>113</sup>.

Anche la giurisprudenza, nelle rare occasioni in cui si è confrontata con la scelta di un metodo diverso dall'aggregativo compensatore, ha chiarito che ognuno dei diversi metodi presenta, nel contempo, elementi di forza e di debolezza e, dunque, nessuno è esente da limiti<sup>114</sup>. Nella prassi, tuttavia, vi è una predominanza assoluta dell'utilizzo del **metodo aggregativo compensatore**, che risulta più semplice degli altri metodi descritti nella letteratura. Il metodo si basa sulla somma dei coefficienti attribuiti – con le modalità esaminate nei paragrafi precedenti – per ciascuno dei vari criteri previsti dal bando, ponderati per il peso relativo del criterio prestabilito dalla stazione appaltante<sup>115</sup>.

Sostanzialmente, per ciascun criterio viene attribuito un coefficiente da cui si deriva un punteggio parziale che viene sommato ai punteggi degli altri criteri, ottenendo il punteggio complessivo. Il punteggio di ogni elemento viene ottenuto moltiplicando il coefficiente per il peso del relativo criterio, da cui il metodo viene anche detto metodo della "sommatoria pesata".

Con il metodo aggregativo compensatore, per l'offerta del concorrente *i*:

$$P_i = V_{i1} \cdot W_1 + V_{i2} \cdot W_2 + V_{i3} \cdot W_3 + \dots + V_{in} \cdot W_n$$

in cui:

- $P_i$ : punteggio complessivo dell'offerta del concorrente *i*;
- $V_i$ : coefficiente variabile tra 0 e 1 della prestazione dell'offerta del concorrente *i* rispetto ai vari elementi di valutazione da 1 a *n*;
- $W$ : ponderazione dell'elemento di valutazione *j* stabilito nel bando di gara. La somma di  $W_1+W_2+W_3+\dots+W_n$  dovrebbe essere uguale a 100<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207; si trattava in particolare degli allegati G, M e P.

<sup>112</sup> AVCP, Quaderno "Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", dicembre 2011.

<sup>113</sup> ANAC, Linee guida n. 2, *cit.*, par VI.

<sup>114</sup> Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 192.

<sup>115</sup> Si tratta di un sistema che consente la rispondenza del punteggio finale agli obiettivi qualitativi e di prezzo attesi dalla stazione appaltante, sottolinea Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1371.

<sup>116</sup> Nei bandi la sommatoria degli elementi è spesso indicata con il simbolo  $\Sigma$ .

La ponderazione, che poi consiste semplicemente nel moltiplicare il coefficiente frutto della valutazione per il punteggio massimo attribuibile per il criterio, ottenendo il punteggio per quell'elemento, consente di valutare ciascun elemento dell'offerta in base all'importanza che ricopre per la stazione appaltante, espressa nella valutazione discrezionale a monte relativa ai punteggi massimi cristallizzata nel bando di gara.

La ponderazione implica anche che un medesimo coefficiente possa dare luogo a due punteggi molto diversi, in base al criterio oggetto di applicazione. Ad esempio, con un coefficiente di 0,5 per un criterio cui sono attribuibili al massimo 15 punti, si ottengono 7,5 punti, mentre con un coefficiente più alto di 0,7, ma riferito a un criterio cui sono attribuibili al massimo 10 punti, si ottengono solo 7 punti.

La caratteristica principale del metodo aggregativo compensatore – che viene descritta come un inconveniente<sup>117</sup> – è, appunto, quella di compensare i punteggi attribuiti ai diversi elementi e di fare recuperare eventuali profili carenti dell'offerta con quelli più completi.

Sugli altri metodi richiamati dall'ANAC e dal Regolamento del 2010 sono sufficienti pochi cenni, alla luce della loro limitatissima diffusione pratica.

Il **metodo Electre** (*Elimination and Choice Traslating Reality*) si fonda sul principio del surclassamento per cui un'alternativa (nel nostro caso, un'offerta) surclassa un'altra, se vi è una sufficiente maggioranza di criteri per cui i valutatori la ritengono preferibile e se, al contempo, per nessuno degli altri criteri la seconda offerta risulti ampiamente preferibile rispetto alla prima. Sostanzialmente, devono sussistere ragioni sufficienti per ritenere che la prima offerta sia preferibile alla seconda e non devono sussistere ragioni valide per ritenere che non lo sia.

L'applicazione del metodo *Electre* richiede parecchi passaggi. Si calcolano innanzitutto gli scarti massimi per ciascun elemento di valutazione e gli scarti fra ognuno dei valori offerti rispetto agli altri. Sostanzialmente, si inseriscono in una matrice le differenze di ciascuna offerta, in valore assoluto o in percentuale, rispetto al valore di riferimento, ottenendo gli scarti. Poi, sulla base di tali scarti, sempre con riferimento a ciascun elemento di valutazione, si calcolano gli indici di concordanza e di discordanza. L'indice di concordanza esprime quantitativamente il grado con cui si concorda sul fatto che un'offerta sia preferibile ad un'altra, mentre l'indice di discordanza esprime il grado con cui la valutazione di un'offerta sia inferiore a quella dell'altra al punto di contrastare con l'ipotesi che l'offerta complessivamente intesa sia preferibile, a prescindere dagli indici di concordanza. Se una delle offerte viene dominata da un'altra con riferimento a tutti gli elementi di valutazione, a questo punto tale offerta viene esclusa dalla valutazione. Si calcolano, dunque, sulla base degli indici di concordanza e di discordanza, gli indicatori unici di dominanza di ogni offerta rispetto a tutte le altre e, infine, si determina il punteggio di ogni offerta a partire dagli indicatori unici di dominanza.

L'ANAC nelle Linee guida n. 2 sottolinea che, poiché la graduatoria delle offerte è costruita non sulla somma dei punteggi, ma sulla somma degli indici unici di dominanza,

<sup>117</sup> Così, ad esempio, l'ANAC nelle Linee Guida n. 2, par. VII.

quando si usa il metodo *Electre* non è possibile calcolare la soglia di anomalia prevista dall'art. 97, co. 3, del Codice, che prevede che siano sottoposte a verifica le offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, pari o superiori ai 4/5 dei punti massimi previsti. Rimane ovviamente ferma la facoltà per la stazione appaltante di valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 97, co. 6.

Il **metodo *Topsis*** (*Technique for Order Preference by Similarity to Ideal Solution*) parte dalla stessa matrice delle prestazioni del metodo *Electre*. Ogni elemento della matrice viene normalizzato tramite un'apposita formula e poi gli elementi di ogni colonna della matrice, che corrispondono a un criterio di valutazione, vengono moltiplicati per il peso assegnato al criterio stesso. Selezionando il valore più elevato di ogni colonna della matrice si individua la soluzione "ideale", mentre il valore più basso di ogni colonna corrisponderà alla soluzione "non ideale". A questo punto, a partire dalle distanze euclidee di ogni alternativa rispetto alla soluzione ideale e a quella non ideale, calcolate con apposite equazioni, si accerta la vicinanza (*V*) rispetto alla soluzione ideale di ogni alternativa. Il valore più elevato di *V* corrisponde all'offerta migliore, che sarà dunque quella che presenta una maggiore vicinanza a quella ideale. Anche nell'utilizzo del metodo *Topsis*, come per il metodo *Electre*, non risulta possibile calcolare la soglia per la verifica obbligatoria dell'anomalia, perché l'offerta migliore viene individuata in quanto è quella che più si avvicina all'offerta ideale, ma non è prevista l'attribuzione alle offerte di un punteggio numerico finale.

I metodi *Electre* e *Topsis* non compensano valori molto carenti con valori eccellenti, come fa invece il metodo aggregativo compensatore<sup>118</sup>, ma risultano molto più complicati e, nonostante l'informatizzazione che caratterizza attualmente le procedure di gara, che potrebbe agevolare le stazioni appaltanti anche nell'applicazione di tali metodi, risultano attualmente davvero poco diffusi. Non a caso, in uno dei rari casi in cui la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sulle modalità applicative del metodo *Electre*, non avendo la documentazione di gara fornito in merito sufficienti indicazioni alla commissione, sono state ordinate una CTU in primo grado e una verifica in appello<sup>119</sup>.

Ancor meno diffusi sono gli altri metodi descritti dal Quaderno AVCP del 2011 (ma non dalle Linee Guida n. 2), ovvero il **metodo *AHP***, a cui si è già fatto cenno con riferimento al confronto a coppie<sup>120</sup>, e il **metodo *Evamix*** (*EVALuation of MIXed criteria*), che si basa sulla costruzione di una matrice di alternative simile a quelle del metodo *Electre* e del metodo *Topsis*, su cui si collocano gli elementi quantitativi (ordinali) e gli elementi qualitativi (cardinali)<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Sulla mancata applicabilità della riparametrazione rispettivamente nel metodo *Electre* e nel metodo *Topsis* si veda no Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 192 e Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 205.

<sup>119</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2021, n. 1118.

<sup>120</sup> Si veda il par. 4.5.

<sup>121</sup> Agli elementi cardinali viene attribuito un punteggio e la matrice viene poi normalizzata con riferimento ad ogni elemento di valutazione. Gli elementi della matrice normalizzati vengono poi moltiplicati per i pesi stabiliti nel bando di gara.

Non a caso, il Bando tipo n. 1/2021 per le procedure aperte telematiche per servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia prevede solo incidentalmente la possibilità che nei bandi sia inserito un non precisato "*metodo diverso dall'aggregativo compensatore*"<sup>122</sup>.

#### 4.9. La riparametrazione dei punteggi

Nei casi in cui non siano già adoperate modalità di attribuzione del punteggio che assegnano alla migliore offerta il punteggio massimo, può rendersi necessario **riequilibrare le varie componenti** dell'offerta stessa. Il caso tipico è quello in cui per attribuire i punteggi all'elemento prezzo si utilizza una delle formule matematiche interdipendenti sopra esaminate<sup>123</sup>, che assegna automaticamente il punteggio massimo previsto per l'offerta economica a chi abbia offerto il prezzo più conveniente, mentre per la valutazione dell'offerta tecnica si utilizzano parametri qualitativi, per cui non necessariamente la migliore offerta consegue il massimo dei punti.

Nella valutazione discrezionale delle offerte tecniche, infatti, non è affatto detto che l'offerta migliore ottenga tutto il punteggio astrattamente assegnabile per il singolo criterio o per l'offerta tecnica nel suo complesso, anzi, anche alla luce della collegialità del giudizio della commissione, si tratta di uno scenario alquanto improbabile. Ad esempio, nel caso in cui siano previsti 15 punti per le modalità organizzative e la programmazione delle attività di un centro per persone con disabilità, nell'applicazione della media dei coefficienti attribuiti dai commissari l'offerta con il punteggio più alto per tale criterio potrebbe aver conseguito 12,5 punti. Oppure, in una qualunque gara in cui il punteggio massimo per l'offerta tecnica sia di 70 punti, il concorrente con il punteggio migliore, sommando i punti ottenuti per le varie voci, potrebbe avere ottenuto, ad esempio, 64 punti, il secondo 62,5 e via dicendo. Peraltro, poiché il punteggio tecnico è composto dalla somma dei punteggi conseguiti per tutti i criteri e i sub-criteri di valutazione previsti dal bando, può spesso accadere che per un singolo criterio il punteggio più alto sia conseguito da un'offerta che poi non è quella che ottiene il miglior punteggio tecnico complessivo.

In casi come questi, per riequilibrare le varie componenti dell'offerta, è possibile adoperare il meccanismo della riparametrazione, in relazione sia ai singoli criteri e sub-criteri, che al punteggio complessivo. Tendenzialmente la riparametrazione è utile soprattutto con riferimento ai criteri di tipo qualitativo, ma può essere utilizzata anche per i criteri quantitativi nel caso in cui la relativa formula non sia di quelle che attribuiscono in automatico all'offerta migliore il punteggio massimo.

La riparametrazione per il singolo criterio è un'operazione semplice che consiste nel dividere il coefficiente o il punteggio di ciascuna offerta per il coefficiente o il punteggio

<sup>122</sup> Approvato con delibera 24 novembre 2021, n. 773 e aggiornato da ultimo con delibera 16 marzo 2022, n. 154.

<sup>123</sup> Cfr. par. 4.4.

massimo attribuito per quel criterio, in modo tale che l'offerta migliore ottenga il punteggio massimo e le altre siano conseguentemente rimodulate, ottenendo un punteggio proporzionalmente decrescente. È poi possibile anche riallineare l'intero punteggio dell'offerta tecnica rispetto a quello dell'offerta economica, attribuendo all'offerta del concorrente che ha ottenuto il punteggio complessivo più alto per l'offerta tecnica il punteggio massimo previsto (ad esempio, 70 punti) e alle offerte degli altri concorrenti un punteggio proporzionalmente decrescente. In questo caso si parla di una **"doppia riparimetrazione"**, la cui finalità è appunto quella di riequilibrare i rapporti tra il punteggio tecnico e quello economico, per cui, come si è visto, le formule più diffuse prevedono già che l'offerta migliore consegua il massimo del punteggio.

Vediamo un esempio degli effetti sul punteggio tecnico della riparimetrazione sui singoli criteri e della doppia riparimetrazione.

Offerta	Criterio 1 (max 20 pt.)		Criterio 2 (max 40 pt.)			Criterio 3 (max 10 pt.)	Totale offerta tecnica (max 70 pt.)
	Sub. 1.1 (max 15 pt.)	Sub. 1.2 (max 5 pt.)	Sub. 2.1 (max 12 pt.)	Sub. 2.2 (max 8 pt.)	Sub. 2.3 (max 20 pt.)		
A	12	4	10	7	18	8	59
B	8	5	11	4	15	6	49
C	6	2	8	7	14	9	46

Applicando la riparimetrazione sui singoli criteri (mediante una semplice proporzione per cui ad es.  $12 : 15 = 8 : x$ ), i punteggi cambiano come segue:

Offerta	Criterio 1 (max 20 pt.)		Criterio 2 (max 40 pt.)			Criterio 3 (max 10 pt.)	Totale offerta tecnica (max 70 pt.)
	Sub. 1.1 (max 15 pt.)	Sub. 1.2 (max 5 pt.)	Sub. 2.1 (max 12 pt.)	Sub. 2.2 (max 8 pt.)	Sub. 2.3 (max 20 pt.)		
A	15	4	10,9	8	20	8,89	66,79
B	10	5	12	4,57	16,67	6,67	54,91
C	7,5	2	8,73	8	15,56	10	51,79

Per semplificare, si è fatto riferimento ai punteggi già calcolati ma è possibile procedere anche **sui coefficienti**, dividendo il coefficiente di ciascuna offerta per il coefficiente massimo attribuito per quel criterio.

Volendo poi applicare anche la seconda riparimetrazione sul punteggio complessivo, il risultato è il seguente:

Offerta	Totale offerta tecnica (max 70 pt.)	Punteggio offerta tecnica riparimetrato
A	66,79	70
B	54,91	57,55
C	51,79	54,28

Un'operazione come quella della doppia riparametrazione può apparire ragionevole in un contesto come quello attuale, in cui è previsto un tetto massimo per il punteggio economico proprio al fine di dare maggiore importanza alla valutazione degli aspetti tecnici e qualitativi.

Bisogna considerare però anche che, mentre la riparametrazione del punteggio del singolo criterio in qualche modo premia la "*reale miglior qualità laddove veramente offerta*"<sup>124</sup>, la riparametrazione sull'intero punteggio rischia di appiattire le valutazioni della commissione e le sfumature tra i vari punteggi ottenuti con riferimento ai vari criteri, compensando eventuali carenze anche gravi di singoli aspetti dell'offerta.

In effetti, proprio come la scelta fra le formule per il calcolo dei punteggi e per la formazione della graduatoria, così anche la decisione se utilizzare o meno il meccanismo della riparametrazione non è neutra e andrebbe ponderata consapevolmente da parte della stazione appaltante in funzione della singola procedura di gara, oltre che tenuta adeguatamente in considerazione dagli operatori nella predisposizione dell'offerta.

#### **CASO PRATICO – La commissione chiede al RUP se si deve fare la riparametrazione**

In una procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica a ridotto impatto ambientale, nel corso delle operazioni di gara il presidente della commissione giudicatrice aveva chiesto al RUP delucidazioni sulle modalità operative con cui provvedere alla determinazione finale dei coefficienti di attribuzione dei punteggi riferiti ai criteri di natura qualitativa e, in particolare, se effettuare o meno la c.d. *prima riparametrazione*. L'ANAC ha ricordato che nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica il punteggio massimo previsto ricorrendo alla riparametrazione e che, quindi, tale operazione, per poter essere applicata, deve essere espressamente prevista dalla legge di gara. Pertanto, il chiarimento del RUP secondo cui la commissione doveva effettuare la riparametrazione dei punteggi nel caso di specie costituiva una modifica alla *lex specialis* di carattere sostanziale, illegittima in quanto non adottata nel rispetto delle garanzie di pubblicità osservate per il bando e per il disciplinare di gara oggetto di modifica (ANAC, delibera 21 dicembre 2021, 853).

Considerato che il principio dell'interesse ad agire impone ai ricorsi dinanzi al giudice amministrativo il superamento della c.d. *prova di resistenza*<sup>125</sup>, l'entità tutt'altro che trascurabile del contenzioso sull'applicazione della riparametrazione dimostra che spesso le graduatorie delle gare possono cambiare in modo radicale a seconda del fatto che si applichi o meno la riparametrazione dei punteggi. A tal proposito si può prendere ad esempio un caso – oggetto di una sentenza del Consiglio di Stato<sup>126</sup> – in cui il discipli-

<sup>124</sup> Così la Nota illustrativa del Bando tipo ANAC 1/2021, aggiornata alla delibera 16 marzo 2022, n. 154.

<sup>125</sup> Su cui si veda il par. 3.11.

<sup>126</sup> Cons. Stato, Sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8691. Si trattava di una gara relativa all'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale.

nare prevedeva la riparametrazione solo con riferimento ai singoli sub-criteri di valutazione e la decisione della commissione di svolgere invece l'operazione con riferimento al punteggio tecnico complessivo aveva del tutto stravolto la graduatoria finale. Infatti, con la riparametrazione del punteggio dell'offerta tecnica, la commissione aveva attribuito 80 punti al concorrente individuato come aggiudicatario e 64,25 punti all'altro concorrente, anziché rispettivamente 76,30 e 61,90 punti.

Poiché il concorrente con il punteggio più elevato sull'offerta tecnica aveva conseguito soli 5,01 punti per quella economica, a fronte dei 20 dell'altro concorrente, la graduatoria ne era risultata capovolta; da ciò conseguiva l'interesse al ricorso dinnanzi al giudice amministrativo da parte del secondo classificato, risultato peraltro vittorioso nel contenzioso.

#### **Esempio degli effetti della riparametrazione sulla graduatoria finale**

Punteggio totale con riparametrazione sul punteggio tecnico complessivo:

- Concorrente A - 80 punti + 5,01 punti = **85,01 punti**
- Concorrente B - 64,25 punti + 20 punti = 84,25 punti

L'aggiudicatario è il Concorrente A.

Punteggio totale con riparametrazione sui singoli sub-criteri di valutazione:

- Concorrente A - 76,30 punti + 5,01 punti = 81,31 punti
- Concorrente B - 61,90 punti + 20 punti = **81,90 punti**

L'aggiudicatario è il Concorrente B.

La scelta sull'utilizzo della riparametrazione, dunque, non è neutra ed è, ancora una volta, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante che, salvo evidentemente il caso in cui questa sia insita nel meccanismo di attribuzione del punteggio prescelto, deve espressamente prevedere l'intenzione di avvalersi di questa **facoltà** nei documenti di gara. In mancanza di tale esplicita previsione, non è consentito alla commissione giudicatrice di procedere di sua iniziativa alla riparametrazione dei punteggi.

In passato, la giurisprudenza del giudice amministrativo discuteva circa l'obbligatorietà della riparametrazione, in quanto la normativa previgente e, in particolare, gli Allegati G, M e P al D.P.R. n. 207/2010, nel delineare le modalità di applicazione del metodo aggregativo compensatore<sup>127</sup>, includevano una riparametrazione quale ultima fase di tale procedura di calcolo del punteggio. È poi prevalsa, sia nella giurisprudenza che nelle Linee guida ANAC, l'idea della facoltatività dell'istituto, che non è previsto da alcuna norma, ma che deve essere semmai inserito nella documentazione di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione, che deve chiarire se intende applicare la riparametrazione solo dei singoli punteggi tecnici o anche del punteggio tecnico

complessivo<sup>128</sup>. La giurisprudenza, infatti, tende a sottolineare che la riparametrazione, «avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta (e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione appaltante), non può che dipendere dalla stessa volontà»<sup>129</sup>. In assenza di una espressa previsione del bando sull'applicazione della doppia riparametrazione, dunque, non può essere imposto alla commissione di utilizzare l'intero punteggio (ad es. 70 punti) previsto per la valutazione delle offerte tecniche<sup>130</sup>.

A ben vedere, però, vi sono ancora dei casi in cui la riparametrazione del coefficiente assegnato al singolo elemento di valutazione viene considerata insita nel metodo aggregativo compensatore, a differenza della riparametrazione doppia<sup>131</sup>. In tale contesto ancora non del tutto chiaro, assume senz'altro centralità l'espressa previsione – in un senso o nell'altro – del bando di gara<sup>132</sup>.

Proprio in ragione degli effetti potenzialmente dirompenti sulla graduatoria finale della riparametrazione, si è posta una serie di questioni applicative correlate al momento in cui effettuare tale operazione rispetto ad altri adempimenti della sequenza procedimentale della gara.

#### **CASO PRATICO – Riparametrazione e irrilevanza delle sopravvenienze**

In una gara per la fornitura di derrate alimentari ad alcune aziende socio-sanitarie territoriali, dopo l'applicazione della doppia riparametrazione ai punteggi tecnici, erano stati esclusi due concorrenti che avevano formulato offerte economiche in aumento, in violazione del divieto del bando. La stazione appaltante, anziché procedere ad una nuova riparametrazione delle offerte rimaste in gara (con riferimento sia al punteggio conclusivo che ai punteggi parziali), si era limitata a scorrere la graduatoria precedentemente formulata. Il Consiglio di Stato si è dunque interrogato circa l'applicabilità del principio di irrilevanza delle sopravvenienze – che prevede che le variazioni tardive non rilevino ai fini del calcolo di medie nella procedura – alla riparametrazione operata nella gara in questione, concludendo che questa non avrebbe determinato una modifica delle medie dei coefficienti attribuiti per ciascun elemento di valutazione dai commissari di gara, ma avrebbe inciso solo in una fase successiva, di cui le medie dei coefficienti costituivano l'oggetto, e non il risultato. Secondo il Consiglio di Stato, la finalità del principio di irrilevanza delle sopravvenienze è quella di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti e di impedire la promozione di controversie giurisdizionali meramente speculative e strumentali.

<sup>128</sup> Si veda anche la Nota illustrativa del Bando tipo ANAC 1/2021, aggiornata alla delibera 16 marzo 2022, n. 154.

<sup>129</sup> Così TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 18 giugno 2021, n. 341, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2022, n. 3218 che ha sottolineato espressamente che la scelta si può considerare implicita nell'utilizzo del metodo aggregativo-compensatore per il calcolo del punteggio complessivo.

<sup>130</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2021, n. 6845.

<sup>131</sup> Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2022, n. 1936.

<sup>132</sup> Ne sottolineava l'importanza già M. Mancini, *La riparametrazione dei punteggi dell'offerta tecnica tra necessità ed opportunità*, in *Appalti e contratti*, nn. 1-2/2016, pp. 58-62.

Al contrario, nel caso di specie, sarebbe proprio la decisione di non ripetere la riparametrazione a determinare un effetto distorsivo nell'assegnazione dei punteggi, computando anche le offerte dei concorrenti estromessi dalla procedura (Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6221).

Ad esempio, si è discusso se la soglia di sbarramento qualitativa<sup>133</sup> vada applicata al punteggio tecnico prima o dopo la riparametrazione. La giurisprudenza prevalente, oggi confermata dall'ANAC<sup>134</sup>, ritiene da tempo che la riparametrazione non debba influire sulla selezione degli standard qualitativi minimi cui è volta la soglia di sbarramento, consentendo ad offerte che non avrebbero superato la soglia di evitare l'esclusione<sup>135</sup>.

Un altro tema oggetto di contrasti riguarda la collocazione della fase di verifica della congruità delle offerte e dunque del punteggio da considerare per calcolare la soglia di anomalia.

In questo caso, a fronte di un orientamento che ritiene preferibile basare la verifica di congruità sul punteggio "reale" dell'offerta, prima della riparametrazione<sup>136</sup>, un altro, seguito anche dall'ANAC, ritiene che ai fini della verifica dell'anomalia, la stazione appaltante debba fare riferimento ai punteggi all'esito della riparametrazione<sup>137</sup>. Da ultimo, nella nota illustrativa del bando tipo n. 1/2021, l'ANAC<sup>138</sup> ha indicato l'ordine che ritiene corretto per lo svolgimento delle varie operazioni di gara, inclusa la riparametrazione.

#### **FOCUS - La sequenza delle operazioni di gara secondo l'ANAC**

- 1) valutazione delle offerte tecniche e assegnazione del relativo punteggio;
- 2) esclusione di eventuali offerte che non superano la soglia di sbarramento al punteggio tecnico fissato su uno o più criteri/sub-criteri, o sul punteggio complessivo;
- 3) prima riparametrazione sui singoli criteri;
- 4) eventuale seconda riparametrazione sul punteggio tecnico complessivo, se prevista nel bando;
- 5) assegnazione del punteggio alle offerte economiche;
- 6) calcolo della soglia di anomalia;
- 7) verifica delle eventuali offerte che superano la soglia di anomalia o che sono state individuate ai sensi dell'art. 97, co. 3, del Codice, ed eventuale esclusione di quelle ritenute anomale;
- 8) formazione della graduatoria di gara;
- 9) proposta di aggiudicazione.

<sup>133</sup> Cui è dedicato il par. 4.6.

<sup>134</sup> Da ultimo con la nota illustrativa al bando tipo n. 1/2021, più volte richiamata.

<sup>135</sup> Per tutte, si veda Cons. Stato, Sez. V, 19 luglio 2018, n. 4398.

<sup>136</sup> Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2020, n. 532.

<sup>137</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2019, n. 2496, ma anche ANAC, Linee guida n. 2.

<sup>138</sup> Approvato con delibera 24 novembre 2021, n. 773 e aggiornato da ultimo con delibera 16 marzo 2022, n. 154.

#### 4.10. La contestazione della valutazione dell'offerta tecnica

All'esito di una gara d'appalto, il secondo classificato (ma anche un concorrente in una posizione ancor più deteriore in graduatoria<sup>139</sup>) potrebbe ritenere non corretti i punteggi attribuiti alla sua offerta tecnica, a quella dell'aggiudicatario o ad entrambe e volerli contestare dinanzi al giudice amministrativo. In tal caso, poiché la valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione è un'espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione<sup>140</sup>, la sua azione dovrà confrontarsi innanzitutto con un **vaglio di ammissibilità**, volto a verificare se i profili oggetto di contestazione possano essere investiti dal sindacato del giudice<sup>141</sup>. Sostanzialmente, prima ancora di affrontare nel merito la questione relativa alla correttezza o meno dell'attribuzione del punteggio alle offerte, il giudice dovrà decidere se gli sia consentito esprimersi sul punto.

In generale, infatti, il limite a questo tipo di sindacato è rappresentato dall'impossibilità per il giudice di incidere sul merito delle scelte discrezionali compiute dall'amministrazione. Negli anni, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa tende sempre più ad esercitare, anche in questi casi, un controllo non meramente formale ed estrinseco, limitato all'osservazione dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione, e a spingersi a verificare direttamente l'attendibilità degli apprezzamenti sotto il profilo della correttezza del criterio utilizzato e del procedimento seguito rispetto alla regola tecnica applicata<sup>142</sup>. Si tratta, comunque, di un sindacato nel quale il giudice non si sostituisce mai all'amministrazione nelle valutazioni da compiere, ma si limita a verificare la rispondenza delle stesse ai criteri predeterminati nel bando, la completezza dell'istruttoria svolta e la congruità e la coerenza della motivazione<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> Ovviamente, nel caso in cui ad agire non sia il secondo graduato ma il terzo o uno dei successivi, questi dovrà superare la c.d. prova di resistenza – su cui si tornerà a breve – dimostrando che con l'accoglimento del proprio ricorso supererebbe tutti i concorrenti che si sono classificati in posizioni migliori della sua.

<sup>140</sup> Tale espressione viene utilizzata quando l'accertamento o la valutazione di fatti o situazioni da parte della pubblica amministrazione deve essere effettuata ricorrendo a regole tecniche e scientifiche.

<sup>141</sup> In modo non dissimile da quanto già visto nel caso di contestazione della scelta dei criteri di valutazione, su cui si rinvia al par. 3.11.

<sup>142</sup> Il punto di rottura con la precedente tradizione è rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, la quale ha sancito che «è ragionevole l'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento amministrativo», sicché «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico giuridico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo».

<sup>143</sup> Si parla in proposito di sindacato intrinseco debole. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, in verità, ha poi superato la dicotomia tra sindacato forte e sindacato debole, affermando la sussistenza di un sindacato pieno e penetrante, con cognizione piena dei fatti, che tuttavia non si sostituisce alle valutazioni già espresse se non nei casi in cui queste siano irragionevoli: «al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia sindacato forte/sindacato debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo» (Consiglio di Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), senza, cioè, poter far luogo a sostituzione di valutazioni in presenza di interessi «la cui cura è dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, sicché ammettere che il giudice possa auto-attribuirseli rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato» (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4872)» (da ultimo Cons. Stato, Sez. I, parere 30 novembre 2020, n. 1958).

Il sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione assume, poi, dei tratti peculiari con riferimento alla valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione di gara. Negli appalti pubblici, infatti, tale valutazione è spesso caratterizzata da un forte connotato tecnico connesso allo specifico oggetto dell'appalto, accanto a profili riconducibili alle preferenze della stazione appaltante, plasmate dalla sua esperienza e, in fin dei conti, dai suoi "gusti".

Pertanto, è pacifico che le scelte compiute dalla commissione – composta, nei limiti già esaminati<sup>144</sup>, da esperti del settore – nella valutazione delle offerte tecniche e nell'attribuzione dei relativi punteggi non possono essere direttamente censurate se non nei limiti di macroscopici vizi dell'esercizio della discrezionalità: manifesta illogicità, irrazionalità, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà rilevabile *ictu oculi*, palese inattendibilità e con esclusione di ogni sostituzione alle scelte dell'amministrazione<sup>145</sup>.

Non è sufficiente, insomma, che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile: «*per sconfessare il giudizio della commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non divisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto*»<sup>146</sup>.

Tale inquadramento teorico deve senz'altro essere tenuto a mente da tutti gli operatori economici che, comprensibilmente delusi dall'esito della comparazione tra la loro offerta tecnica e quella dei loro *competitor*, desiderino contestare la valutazione "ingiusta" o "scorretta" dinnanzi al TAR competente. Allo stesso tempo, però, la necessaria verifica prodromica circa l'ammissibilità delle censure non deve scoraggiare sempre e comunque dall'agire in giudizio, ove sussistano i necessari presupposti.

Molto significativa in tal senso è la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058, che ha condivisibilmente sottolineato che al giudice amministrativo, in presenza di articolate censure che investano la valutazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, non è consentito "*trincerarsi*" dietro ad una dichiarazione di inammissibilità delle censure, senza procedere almeno ad un esame sommario ed essenziale delle stesse, pena il rischio che tale declaratoria si trasformi in una "*formula pigra*".

In questo caso, infatti, il Consiglio di Stato, pur richiamando i principi generali espressi dalla giurisprudenza in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica, ha tuttavia criticato l'operato del giudice di primo grado, che si era limitato a sostenere l'inammissibilità della censura in ragione del solo fatto che il sindacato invocato dall'appellante avrebbe avuto natura sostitutiva, afferendo al merito delle valutazioni tecnico-discrezionali

<sup>144</sup> Cfr. par. 4.3.

<sup>145</sup> Si vedano, fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Id. 24 luglio 2017, n. 3645. Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2442, ha affermato che «*le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle Commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e, come tali, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo poi che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti*». Nello stesso senso, ANAC, delibera 13 febbraio 2019, n. 121.

<sup>146</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6753. Si vedano anche Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2513; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 luglio 2021, n. 8324.

espresse dalla commissione ed ha ritenuto altresì che l'assenza di abnormi anomalie, indici dell'eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo, sarebbe dimostrata «*sia dalla complessità dell'iter argomentativo prospettato in ricorso sia dalla necessità di avvalersi di una perizia tecnica*»<sup>147</sup>.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la complessità e il tecnicismo della questione, nonché l'esigenza di esperire un'istruttoria giudiziale, non possono di per sé essere considerati un muro di insindacabilità insuperabile per il giudice. Di qui, discende l'insufficienza e l'erroneità della motivazione adottata dal giudice di primo grado che, a fronte di censure tecniche numerose e particolarmente complesse circa la qualità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria, idonee a superare la c.d. prova di resistenza, deve almeno procedere a un sommario esame delle censure stesse, per non verificare se esse disvelino un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento di fatti. A ritenere diversamente, infatti, sostiene il Collegio, ci si troverebbe di fronte a un sostanziale rifiuto di giurisdizione: «*una sentenza che quindi non eserciti alcun sindacato giurisdizionale sull'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice, affermando sic et simpliciter che il ricorso a tal fine proposto solleciterebbe un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo, senza però in alcun modo supportare tale affermazione con una almeno sintetica disamina circa il contenuto delle censure tecniche, e trincerandosi apoditticamente dietro la natura non anomala o non manifestamente irragionevole della valutazione espressa dalla commissione, reca una motivazione apodittica e tautologica*»<sup>148</sup>.

Del resto, a scorrere la giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni, a fronte di numerose sentenze che dichiarano inammissibili le censure proposte sulla valutazione delle offerte tecniche, ritenendole volte a mettere in discussione profili discrezionali apprezzabili solo dalla stazione appaltante, ve ne è comunque un numero elevato in cui vengono accolte – o quantomeno che considerano nel merito – doglianze incentrate su vizi rispetto ai quali la discrezionalità è ritenuta sindacabile.

Vi sono in proposito anche alcune sfumature relative alle **diverse tipologie di criteri di valutazione delle offerte** che la commissione di gara si è trovata a dover volta per volta applicare. Come si è visto, infatti, i criteri di valutazione possono concedere alla commissione di gara maggiori o minori margini di discrezionalità nell'apprezzamento dei diversi profili, fino ad azzerarli (si pensi, ad esempio, ad alcune ipotesi di criteri on/off). La valutazione delle offerte tecniche mediante criteri ad applicazione automatica tende ad escludere una discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione e, conseguentemente, la questione del sindacato del giudice si semplifica notevolmente. Spesso in questi casi ciò che viene contestato è l'errore dell'amministrazione che a fronte della presenza o assenza di un dato elemento di fatto non ha assegnato il relativo punteggio<sup>149</sup>. Anche tale

<sup>147</sup> Così TAR Puglia, Bari, Sez. II, 15 gennaio 2019, n. 61, annullata dalla sentenza in esame.

<sup>148</sup> Cons. Stato, n. 6058/2019, cit.

<sup>149</sup> Così ad esempio Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2019, n. 2893, secondo cui «*se i criteri di valutazione sono affidati a dettagliati criteri selettivi di carattere automatico, quando si manifesta l'incongruità dei punteggi attribuiti dalla Commissione di gara, il concorrente legittimamente chiede una pronuncia del giudice amministrativo sulla legittima,*

tipologia di contenzioso può essere ricca di sfaccettature ed insidie, ma sotto il profilo dell'ammissibilità del sindacato si incontrano certamente minori ostacoli.

Nei casi invece in cui i criteri non sono automatici, ma sono rimessi all'apprezzamento discrezionale della commissione, il grado di sindacabilità dipende anche da quanto la documentazione di gara sia stata redatta in maniera puntuale e dettagliata, specificando le singole voci del punteggio e delimitando, dunque, lo spazio per l'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione.

Nei limiti in cui affronti effettivamente le questioni tecniche sottostanti alla valutazione delle offerte, il giudice può trovarsi a dover andare oltre l'applicazione di mere massime di esperienza, ma a dover impiegare vere e proprie conoscenze tecnico-scientifiche. Gli strumenti che l'ordinamento gli mette a disposizione in tali casi sono **la verifica** **e la consulenza tecnica d'ufficio**<sup>150</sup>.

Quando l'oggetto del giudizio è una valutazione delle offerte tecniche, i giudici amministrativi ricorrono abbastanza di frequente a tali strumenti. Prima di disporre adempimenti istruttori, comunque, il giudice deve sempre effettuare una valutazione preliminare di attendibilità e di coerenza delle scelte concretamente compiute dall'amministrazione e, solo nel caso in cui all'esito di tale valutazione affiorino dubbi più o meno consistenti, può aprire la fase istruttoria utilizzando il mezzo che ritiene più adeguato. Il Codice del processo amministrativo mostra una preferenza per la verifica: quest'ultima, infatti, può essere disposta nella generalità dei casi, mentre la CTU può essere disposta ove il giudice la ritenga indispensabile.

Una prima distinzione tra i due strumenti attiene al soggetto che li effettua: mentre nel caso della verifica si tratta di un organismo pubblico estraneo alle parti e dotato di specifiche competenze tecniche, nel caso della CTU si tratta di esperti iscritti presso specifici albi professionali che prestano il proprio apporto tecnico a titolo privato. Inoltre, la giurisprudenza ritiene che, mentre la consulenza tecnica è un vero e proprio mezzo di valutazione dei fatti, avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione della situazione tecnica prospettata, la verifica non è diretta ad esprimere valutazioni e a fornire un giudizio tecnico, consistendo in un mero accertamento di un fatto o di una situazione. In altre parole, la verifica assolve ad una sorta di funzione consultiva nei confronti del giudice, operata da un soggetto che a tal fine applica i principi dello specifico settore scientifico considerato<sup>151</sup>.

Con particolare riferimento alla distinzione tra la consulenza tecnica e la verifica nei giudizi aventi ad oggetto le gare pubbliche, la giurisprudenza ha sottolineato che, negli appalti pubblici, la consulenza tecnica "si estrinseca in una valutazione - e quindi in un

---

*o meno, applicazione dei meccanismi della lex specialis alla sua offerta; il sindacato operato in questa sede non mira, infatti, alla estemporanea ridefinizione dei punteggi discrezionalmente assegnati, ma solamente alla verifica della corretta valutazione di fattori fattuali indebitamente ignorati».*

<sup>150</sup> Ai sensi dell'art. 63, co. 4, del Codice del processo amministrativo (CPA), il giudice, «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica».

<sup>151</sup> In tal senso, di recente, Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2021, n. 2530.

*giudizio – alla stregua della discrezionalità tecnica*”, in cui il consulente non si limiterebbe ad un’attività meramente ricognitiva ma, utilizzando le proprie specifiche cognizioni tecniche, elaborerebbe un proprio giudizio, rispondendo al quesito posto dal giudice con un *“giudizio di valore”*. Al contrario, la verifica sarebbe diretta ad appurare *“la realtà oggettiva delle cose”*, risolvendosi in un accertamento diretto ad individuare, nella realtà delle cose, la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza di fatti, estrinsecandosi, quindi, in un *“giudizio di risultato”* che, come tale, non richiede un momento di contraddittorio<sup>152</sup>.

L’attivazione dei suddetti strumenti istruttori può essere richiesta da una delle parti del giudizio, ma è rimessa al giudice: la nomina del CTU o del verificatore è una sua decisione discrezionale, che è tenuto a motivare solo in ordine alla necessità dell’ausilio del tecnico per decidere sulla domanda. In entrambi i casi, il giudice dispone con ordinanza, nella quale vengono formulati i quesiti a cui dovranno rispondere il consulente o il verificatore.

I risultati dell’istruttoria sono soggetti al prudente apprezzamento del giudice e non hanno efficacia vincolante per il giudice stesso che può legittimamente disattenderli, esternando le proprie ragioni nella motivazione. In tal caso, la motivazione è rafforzata, dovendo il giudice motivare adeguatamente le ragioni e, dunque, l’*iter* logico-giuridico che lo ha condotto a non considerare quanto emerso all’esito degli accertamenti tecnici.

Prima di scendere nel merito delle contestazioni circa l’errore di valutazione delle offerte tecniche presentate, il giudice è tenuto a verificare se il motivo di ricorso supera la c.d. *prova di resistenza*: cioè deve verificare che dall’eventuale accoglimento delle contestazioni avanzate il ricorrente possa conseguire in concreto un effetto a sé favorevole, che nel caso della valutazione delle offerte è solitamente l’aggiudicazione. Sostanzialmente, l’annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un’*“effettiva utilità”*, ovverosia, nel caso della contestazione della correttezza dei punteggi assegnati, deve essere sorretto dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, *“la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria”*<sup>153</sup>.

Tale aspetto, in termini più strettamente processuali, costituisce una condizione dell’azione ex art. 100 c.p.c., la cui carenza è rilevabile anche d’ufficio. Qualora l’esperimento della prova di resistenza dia esito negativo, il ricorso sarà dichiarato inammissibile per carenza di interezze in base all’art. 35, co. 1, lett. b), c.p.a..

La complessità delle censure che investono valutazioni discrezionali si ripercuote anche sulla prova di resistenza<sup>154</sup>. Nelle gare aggiudicate con il criterio del prezzo più

<sup>152</sup> Cons. Stato, Sez. III, 19 ottobre 2017, n. 4848. In questo caso oggetto di verifica era l’accertamento se alcuni apparecchi medici relativi alle trasfusioni contenuti in una offerta relativa a una procedura di gara di appalto fossero provvisti o meno di un sistema di antigoccia, come previsto nel capitolato tecnico.

<sup>153</sup> Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1710. Si veda anche, tra le tante, TAR Campania, Salerno, Sez. I, 11 giugno 2021, n. 1450.

<sup>154</sup> Si veda, ad esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 28 ottobre 2020, n. 4909, per cui *«a fronte di censure circa la qualità tecnica dell’offerta dell’aggiudicataria, in astratto idonee a superare la c.d. prova di resistenza, [...] ferma l’impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo, i limiti del sindacato giurisdizionale si fermano ad un sommario, essenziale, esame delle stesse, dal quale si evinca motivatamente che dette censure non disvelano un’abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento di fatto»*.

basso, o comunque quando si contesta l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo, invece, la giurisprudenza ha parlato di una prova di resistenza attenuata, stante la natura oggettiva e vincolata dell'attività della commissione, che rende più agevole l'esperimento della prova di resistenza<sup>155</sup>.

D'altro canto, nel caso di utilizzo del meccanismo del confronto a coppie<sup>156</sup>, si è parlato di *"impraticabilità della c.d. prova di resistenza"* stante l'impossibilità di prevedere ex ante le conseguenze della comparazione, che per definizione dipendono dall'attribuzione da parte dei commissari del punteggio preferenziale non in assoluto, ma in relazione ai singoli confronti tra le offerte, a due a due<sup>157</sup>.

Al fine di contestare le valutazioni e i punteggi attribuiti all'offerta tecnica presentata da un altro concorrente risulta evidentemente necessario conoscere il contenuto dell'offerta stessa. A tal fine, l'operatore deve chiedere alla stazione appaltante di **accedere agli atti della procedura** di gara e, segnatamente, all'offerta tecnica in questione, oltre che agli eventuali allegati e documenti a supporto. Si rammenta che, secondo l'Adunanza plenaria, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta una dilazione del termine di impugnazione (solo) quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario<sup>158</sup>.

Con riferimento all'offerta tecnica, la problematica principale riguarda l'esclusione dal diritto di accesso agli atti prevista dall'art. 53, co. 5, lett. a), del Codice, con riferimento alle *«informazioni fornite nell'ambito dell'offerta [...] che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali»*. Si tratta di una previsione posta a salvaguardia del diritto alla riservatezza delle informazioni suscettibili di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, per evitare che operatori in diretta concorrenza tra loro possano acquisire tramite l'accesso agli atti specifiche conoscenze al solo fine di conseguire un vantaggio all'interno del mercato, al di là, dunque, della procedura di gara<sup>159</sup>.

Resta infatti salva la possibilità di accedere alle informazioni segrete al concorrente che ne abbia bisogno *«ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»* (art. 53, co. 6). In tale contesto, la portata della **nozione di segreti tecnici e commerciali** risulta di cruciale importanza: dal ricondurre o meno a tale nozione parti dell'offerta tecnica dipende, in concreto, la possibilità dell'operatore di contestare la valutazione di tali aspetti da parte della commissione. È evidente,

<sup>155</sup> Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2020, n. 7000.

<sup>156</sup> Su cui cfr. par. 4.5.

<sup>157</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6157.

<sup>158</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 2 luglio 2020, n. 12, secondo cui *«qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti»*.

<sup>159</sup> Sul punto si veda, ad esempio, TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 13 giugno 2018, n. 6614, che ha ritenuto legittimo il diniego della stazione appaltante che non aveva consentito l'accesso ad alcuni documenti contenenti segreti tecnico-commerciali, perché era inutilmente decorso il termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva e l'impresa richiedente l'accesso non aveva dato conto di voler intraprendere un'altra azione (un esposto all'ANAC o alla Corte dei Conti), limitandosi ad affermazioni generiche.

infatti, che non potendo visionare l'offerta, diventa impossibile ricostruire il ragionamento della commissione che vi ha attribuito un dato punteggio.

Pertanto, è molto frequente che l'aggiudicatario tenti di opporsi all'istanza di accesso agli atti del concorrente che vuole verificare la valutazione della commissione, sostenendo che buona parte della sua offerta tecnica – se non tutta – sia coperta da segreto tecnico o commerciale.

La prassi delle stazioni appaltanti, così come la giurisprudenza amministrativa, non è univoca sul punto. Si sono definiti i segreti tecnici o commerciali come «*l'insieme del 'saper fare' e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza*»<sup>160</sup>.

Talora si rinvia, inoltre, all'art. 98 del D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale<sup>161</sup>), che tutela le informazioni che:

- a) sono segrete, nel senso che non sono nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;
- b) hanno valore economico in quanto segrete;
- c) sono sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete<sup>162</sup>.

In molti casi, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa omette un effettivo vaglio circa la sussistenza di queste condizioni.

Quel che è certo è che, almeno in teoria, non ogni elemento dell'offerta tecnica presentata dall'operatore costituisce un segreto tecnico-commerciale e che è improbabile che una dichiarazione tombale dell'offerente in tal senso possa seriamente essere considerata adeguatamente "*motivata e comprovata*" in merito alla sussistenza di segreti tecnici o commerciali. Si è precisato, infatti, che in tale definizione «*non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela*»<sup>163</sup>.

Ad esempio, la giurisprudenza esclude espressamente che si sia in presenza di segreti tecnici e commerciali nel caso di informazioni sull'organizzazione delle attività e sulla forza lavoro impiegata<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64.

<sup>161</sup> Che recepisce sul punto la direttiva UE 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016.

<sup>162</sup> Si veda, ad esempio, TAR Sicilia, Catania, ordinanza 6 dicembre 2019, n. 784, che ha ritenuto nel caso di affidamento di un servizio mensa «*difficile immaginare che qualche operatore disponga di informazioni o esperienze a tal punto esclusive da essere del tutto ignote agli operatori concorrenti*». Cfr. anche TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 16 maggio 2019, n. 1121.

<sup>163</sup> TAR Campania, Salerno, Sez. II, 24 febbraio 2020, n. 270. Nello stesso senso già TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 7 gennaio 2015, n. 2.

<sup>164</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 7 maggio 2019, n. 2449.

Al contempo, è criticabile (e illegittima, sebbene talora superi il vaglio della giurisprudenza) la prassi di alcune stazioni appaltanti di recepire acriticamente l'opposizione all'accesso del controinteressato. Infatti, l'amministrazione non può limitarsi a prendere atto dell'opposizione dell'impresa controinteressata, ma deve verificare la sussistenza nel caso concreto di specifici limiti all'ostensione, valutando motivatamente le argomentazioni offerte circa la sussistenza di specifici e determinati "segreti tecnici o commerciali" meritevoli di salvaguardia ai sensi dell'art. 53, co. 5, lett. a).

La manifestazione da parte del privato controinteressato, infatti, deve essere oggetto di un «autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate»<sup>165</sup>, non essendo sufficiente nella decisione della stazione appaltante un mero rinvio alla (del resto prevedibile) opposizione dell'aggiudicatario<sup>166</sup>.

#### **CASO PRATICO – L'intera offerta coperta da segreto tecnico o commerciale**

Nell'ambito di una procedura negoziata per la fornitura di contenitori per il trasporto di emocomponenti, la seconda classificata, unica altra concorrente in gara, aveva chiesto l'accesso agli atti dell'aggiudicataria, diffidando altresì l'amministrazione nello stipulare il contratto fino a quando non avesse fornito i documenti richiesti. La stazione appaltante aveva negato l'accesso agli atti a causa dell'opposizione formulata dall'aggiudicataria, la quale aveva dichiarato che tutti i dati e le informazioni della documentazione tecnica costituissero *know-how* riservato e di sua esclusiva proprietà e, dunque, erano coperti da segreto tecnico e commerciale.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, fermo il carattere evidentemente tecnico dell'offerta, questa era composta non solo da segreti tecnico-commerciali, ma anche da descrizioni della fornitura proposta, delle sue caratteristiche tecniche e della sua idoneità ai fini dell'utilizzo previsto, rilevanti ai fini della sua valutazione qualitativa, ma non necessariamente riferite a specifiche caratteristiche produttive e costruttive non già note o di dominio pubblico e fatte espressamente oggetto di tutela brevettuale o, comunque, di privativa industriale o commerciale.

Le esigenze di segretezza tecnica o commerciale avrebbero potuto quindi essere fatte valere solo per le singole informazioni, da oscurare, sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale puntualmente e motivatamente indicate dalla stessa impresa controinteressata, che in questo caso si era invece limitata ad una generica dichiarazione riferita all'intera offerta tecnica, recepita acriticamente dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1428).

<sup>165</sup> TAR Campania, Salerno, 6 luglio 2020, n. 827; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 16 maggio 2019, n. 1121; TAR Lazio, Roma, Sez. I, ord. 22 gennaio 2020, n. 863. Si veda anche TAR Campania, Napoli, 1° aprile 2021, n. 2210.

<sup>166</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 2 marzo 2021, n. 572; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 26 giugno 2020, n. 7230. Si veda sul punto anche L. Minervini, *Accesso agli atti di gara e riservatezza degli offerenti*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di P. Lazzara, Roma, Aracne, 2021, p. 112.

L'importanza della motivazione della stazione appaltante è stata di recente sottolineata anche dalla Corte di Giustizia dell'UE, che dopo aver sottolineato il "rapporto di fiducia" tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, i quali devono poter comunicare qualsiasi informazione utile nell'ambito della procedura di aggiudicazione, senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare loro pregiudizio, ha sottolineato che l'amministrazione aggiudicatrice non può tuttavia essere vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico, secondo la quale le informazioni trasmesse hanno natura riservata. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, l'operatore deve dimostrare la natura effettivamente riservata delle informazioni alla cui divulgazione si oppone, dimostrando, ad esempio, che esse contengono segreti tecnici o commerciali, che il loro contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza o che la loro divulgazione potrebbe essergli pregiudizievole. Nel caso in cui l'amministrazione rifiuti di comunicare le informazioni ad uno degli altri concorrenti, questa è tenuta a rispettare l'obbligo di motivazione, che consente il giusto bilanciamento tra il divieto di divulgare le informazioni riservate comunicate da operatori economici, il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il rispetto del diritto di difesa delle parti<sup>167</sup>.

Nel caso in cui sia riconosciuta la presenza nell'offerta di informazioni coperte da segreto, ai sensi dell'art. 53, co. 6, del Codice, è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto. Si tratta di una forma di accesso agli atti per esigenze "difensive", nel solco dell'art. 24, co. 7, della L. n. 241/1990 e in applicazione dell'art. 24 della Costituzione<sup>168</sup>.

L'applicazione concreta della previsione di cui all'art. 53, co. 6, si confronta con la complessità del vaglio della necessità per finalità difensive di documenti di cui – al momento della formulazione dell'istanza, ma anche nell'agire in giudizio avverso il diniego di ostensione – l'operatore non dispone.

In ogni caso, nei limiti del possibile, il richiedente deve evidenziare nella propria istanza di accesso il nesso di strumentalità fra la documentazione richiesta e l'azione giudiziaria che intende esperire, dimostrando «*non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio*», non venendo ritenuta sufficiente la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale<sup>169</sup>. Tuttavia, la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo eventualmente adito per pronunciarsi sul diritto di accesso<sup>170</sup> non devono svolgere una valutazione anticipata sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto

<sup>167</sup> CGUE, 7 settembre 2021, C-927/19.

<sup>168</sup> Lo sottolinea, fra le tante, TAR Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 11 agosto 2021, n. 9363.

<sup>169</sup> Tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463.

<sup>170</sup> Con l'apposita azione di cui all'art. 116 c.p.a..

nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento competerà, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione sostanziale, a meno che non vi sia un'"evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo"<sup>171</sup>.

In conclusione, fermi restando i limiti alla sindacabilità delle valutazioni discrezionali della commissione sopra descritti, questi non vanno intesi nel senso che ci si debba rassegnare a monte che tali valutazioni non si possano mai contestare, ma solo che sia necessario esaminare con attenzione e cautela il caso concreto prima di prendere la decisione di agire in giudizio. Il primo passaggio, in tal senso, è sicuramente quello di proporre un'istanza di accesso agli atti all'offerta tecnica dell'aggiudicatario, se del caso non arrendendosi a fronte di opposizioni tombali del controinteressato recepite acriticamente dalla stazione appaltante.

## CONCLUSIONI. DEMISTIFICARE LA VALUTAZIONE

In questo volume si è cercato di affrontare in concreto una tematica cruciale per chi lavora nel mondo degli appalti pubblici, ma raramente affrontata in modo specifico. L'abitudine maturata negli anni in cui il formalismo delle ammissioni e delle esclusioni costituiva la maggiore problematica – e la principale causa di contenzioso – tende a limitare la riflessione su quello che oggi invece è un terreno importantissimo di “scontro”, sia durante le gare, sia davanti al giudice amministrativo.

Se con questo volume si è riusciti a trasmettere l'importanza della scelta dei criteri da parte delle stazioni appaltanti – una scelta a volte non facile, a causa dell'attuale diffidenza del legislatore verso gli aspetti economici dell'offerta – e la non neutralità dei relativi meccanismi, incluse le formule matematiche di attribuzione del punteggio, è già un grande risultato per chi scrive.

Si spera anche, per le imprese che partecipano alle gare, di aver almeno in parte ridimensionato la “sacralità” dei criteri e, soprattutto, del momento della valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante. I criteri vanno esaminati con estrema attenzione e la redazione dell'offerta non può essere demandata solo ai “tecnici”, ma necessita spesso anche di un supporto legale, interno o esterno all'impresa. Al contempo, sia la determinazione dei criteri che la valutazione delle offerte, per quanto espressione di ampia discrezionalità, non devono essere vissuti dagli operatori come un muro invalicabile. È invece importante vigilare sull'operato dell'amministrazione anche e soprattutto in tale ambito. Fermi restando i limiti del sindacato giurisdizionale sull'attività discrezionale, infatti, vi è un significativo margine di intervento per tentare di correggere eventuali storture e il gran numero di sentenze citate nel volume lo dimostra.

A prescindere dalle riforme che, come sempre, si succederanno, è insomma ormai imprescindibile che i criteri e la loro applicazione non siano vissuti in modo automatico e passivo da parte di alcuno degli attori coinvolti nell'affidamento degli appalti pubblici.

## BIBLIOGRAFIA

- Albano G.L., Sparro M., Zampino R., *Le formule di aggiudicazione nelle gare d'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *L'industria*, n. 4/2014, pp. 643-670.
- Andreis M., *Criteri di aggiudicazione*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, Seconda edizione, *Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, a cura di C.E. Gallo, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 99-133.
- Baccarini S., Chinè G., Proietti R., *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015.
- Berloco R., *Soccorso istruttorio negli appalti pubblici*, Palermo, Grafill Editore, 2021.
- Bonagura P., *I criteri di aggiudicazione*, in *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino e S. Sticchi Damiani, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 613-638.
- Caponigro R., *La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro amm.*, 2008, pp. 2632-2642.
- Carbone B.G., *La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel D.Lgs. n. 152/2008 (terzo correttivo al D.Lgs. n. 163/2006)*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini, F. Tedeschini, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 193-204.
- Cardone M., *Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *Federalismi.it*, 30 dicembre 2020.
- Carullo A., Iudica G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, pp. 810-823.
- Casati M., *I criteri di selezione*, in *Guida agli appalti pubblici. Le nuove regole transitorie alla luce del PNRR*, a cura di M. Casati e M.C. Colombo, Milano, Il Sole 24 Ore, 2021, pp. 241-251.
- Chirulli P., *Criteri di aggiudicazione dell'appalto. Art. 95*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.M. Esposito, Torino, Utet, 2017, vol. I, pp. 1226-1292.
- Cianflone A., Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, XIV ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.
- De Nictolis R., *I criteri di aggiudicazione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 697-760.
- De Pauli L., *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2016, pp. 625-630.

- Dipace R., *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, pp. 601-656.
- Donato A., *I criteri di aggiudicazione dell'appalto*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di P. Lazzara, Roma, Aracne, 2021, pp. 449-479.
- Giammarelli G.G., Ciccarese E., *Green e-procurement*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.
- Gili L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2017 pp. 24-36.
- Lacava C., *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, pp. 459-464.
- Lamberti C., Villamena S., *Nuove direttive appalti, "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2015, pp. 873-884.
- Lipari M., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2007 pp. 7-17.
- Lorusso R., *Principi di immodificabilità e di non ambiguità dell'offerta in materia di appalti pubblici*, in *Il diritto amministrativo*, n. 3/2021.
- Mancini M., *La riparametrazione dei punteggi dell'offerta tecnica tra necessità ed opportunità*, in *Appalti e contratti*, nn. 1-2/2016, pp. 58-62.
- Minervini L., *Accesso agli atti di gara e riservatezza degli offerenti*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di P. Lazzara, Roma, Aracne, 2021, pp. 95-119.
- Sciancalepore V., *Artt. 94-99*, in *Il Codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di F. Garella, M. Mariani, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 248-258.
- Seccia L., *I criteri di aggiudicazione dopo il decreto "Sblocca cantieri" (D.L. n. 32/2019, conv. in Legge n. 55/2019)*, Santarcangelo, Maggioli, 2020.
- Taccogna G., *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, pp. 2801-2810.
- Talini F., Barchielli F., *L'offerta economicamente più vantaggiosa (OPEV) e il confronto a coppie con il metodo AHP*, in *lavoripubblici.it*, 5 giugno 2018.
- Torchia L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, pp. 291-344.
- Vallefuoco A., *La commissione giudicatrice*, in *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino e S. Sticchi Damiani, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 431-448.
- Ventura L., *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2020, pp. 243-282.

## CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP

### Contenuti della WebApp

La **WebApp inclusa** gestisce le seguenti utilità:

- **Speciale “Codice Appalti”** che tratta i principali aggiornamenti in materia di codice dei contratti (offrendo un anche quadro normativo completo e aggiornato) e consente all’utente di consultare le seguenti sezioni:
  - normativa europea e nazionale;
  - linee guida in vigore e provvedimenti ANAC;
  - pareri del Consiglio di Stato;
  - giurisprudenza in materia di appalti pubblici;
  - applicazione per il calcolo automatico della soglia di anomalia con stampa della relazione in formato PDF.
- **Selezione di norme in materia di criteri di aggiudicazione** e riferita ai seguenti provvedimenti:
  - Direttiva 2014/24/UE;
  - D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
  - R.D. 18 novembre 1923, n. 2440;
  - R.D. 23 maggio 1924, n. 827;
  - L. 7 agosto 1990, n. 241;
  - D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487;
  - D.P.C.M. 30 marzo 2001;
  - D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198;
  - D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104;
  - D.L. 24 gennaio 2012, n. 1;
  - L. 28 dicembre 2015, n. 208;
  - D.L. 2 marzo 2020, n. 9;
  - D.L. 9 marzo 2020, n. 14;
  - D.L. 8 aprile 2020, n. 22;
  - L. 24 aprile 2020, n. 27;
  - D.L. 16 luglio 2020, n. 76;
  - D.L. 31 maggio 2021, n. 77;
  - D.L. 30 aprile 2022, n. 36.

- **Foglio di calcolo per l'applicazione delle formule che attribuiscono il punteggio agli elementi quantitativi.** Il foglio di calcolo è in formato Excel e ha una funzionalità meramente esemplificativa degli effetti delle formule e non deve essere adoperato per altri scopi.

### Requisiti hardware e software

- Dispositivi con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android;
- Accesso ad internet e browser web con Javascript attivo;
- Software per la gestione di documenti Office e PDF.

### Attivazione della WebApp

- Accedere al **Profilo utente Grafill** oppure crearne uno su **www.grafill.it**;
- Cliccare sul pulsante **[G-CLOUD]**;
- Cliccare sul pulsante **[Vai alla WebApp]** a fianco del prodotto acquistato;
- Fare il *login* usando le stesse credenziali di accesso al **Profilo utente Grafill**;
- Accedere alla WebApp abbinata alla presente pubblicazione cliccando sulla relativa immagine di copertina presente nello scaffale **Le mie App**.



I criteri di aggiudicazione e, più in generale, le modalità di attribuzione del punteggio alle offerte tecniche ed economiche sono un aspetto fondamentale della disciplina degli appalti pubblici, perché è grazie alla loro applicazione che la stazione appaltante seleziona l'offerta più adatta a soddisfare le sue esigenze e il concorrente vince o perde la gara. Tanto le imprese che partecipano alle gare, quanto le amministrazioni che le bandiscono, devono comprendere a fondo i meccanismi di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi: le stazioni appaltanti, al fine di scegliere quelli più adatti alle loro esigenze e applicarli correttamente, e gli operatori, per formulare le offerte in modo consapevole e riconoscere eventuali anomalie.

Questo volume nasce, anche a partire dall'esperienza professionale dell'Autrice, per fornire strumenti utili sia alle imprese che alle amministrazioni ed è ricco di **casi pratici ed esempi** (dalle varie tipologie di criteri di valutazione delle offerte, all'applicazione delle formule matematiche per l'assegnazione dei punteggi).

Il testo è aggiornato al **D.L. 30 aprile 2022, n. 36** di attuazione del PNRR, convertito con modificazioni dalla **L. 29 giugno 2022, n. 79**, alle recenti **Linee guida per favorire la pari opportunità** di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità e alla **L. 21 giugno 2022, n. 78**.

La **WebApp inclusa** gestisce le seguenti utilità:

- **Speciale "Codice Appalti"** che tratta i principali aggiornamenti in materia di codice dei contratti (offrendo un anche quadro normativo completo e aggiornato) e consente all'utente di consultare le seguenti sezioni: normativa europea e nazionale; linee guida in vigore e provvedimenti ANAC; pareri del Consiglio di Stato; giurisprudenza in materia di appalti pubblici; applicazione per il calcolo automatico della soglia di anomalia con stampa della relazione in formato PDF.
- **Selezione di norme in materia di criteri di aggiudicazione** e riferita ai seguenti provvedimenti: Direttiva 2014/24/UE; D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50; R.D. 18 novembre 1923, n. 2440; R.D. 23 maggio 1924, n. 827; L. 7 agosto 1990, n. 241; D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487; D.P.C.M. 30 marzo 2001; D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198; D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1; L. 28 dicembre 2015, n. 208; D.L. 2 marzo 2020, n. 9; D.L. 9 marzo 2020, n. 14; D.L. 8 aprile 2020, n. 22; L. 24 aprile 2020, n. 27; D.L. 16 luglio 2020, n. 76; D.L. 31 maggio 2021, n. 77; D.L. 30 aprile 2022, n. 36.
- **Foglio di calcolo per l'applicazione delle formule che attribuiscono il punteggio agli elementi quantitativi.**

#### REQUISITI HARDWARE E SOFTWARE

Qualsiasi dispositivo con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android; accesso ad internet e browser web con Javascript attivo; software per la gestione di documenti Office e PDF.

**Aurora Donato**, avvocatessa. Si occupa di diritto amministrativo e, in particolare, di appalti pubblici. Produce il podcast "Appalti al volo", è autrice di pubblicazioni in materia di appalti pubblici e svolge attività didattica e di formazione per soggetti pubblici e privati.



ISBN 13 978-88-277-0348-9



9 788827 703489 >

Euro 34,00