

**“Etica Pubblica nel Sud: migliorare la performance,
accrescere la trasparenza attraverso le nuove tecnologie”**

*L'offerta economicamente più
vantaggiosa e i metodi di calcolo*

Napoli, 21 Novembre 2011

“Etica Pubblica nel Sud: migliorare la performance, accrescere la trasparenza attraverso le nuove tecnologie”

L'offerta economicamente più vantaggiosa e i metodi di calcolo

- Premesse
- Quadro normativo
- La scelta del metodo: presupposti e motivazione
- I criteri di valutazione
- La Commissione giudicatrice: nomina e attività
- La fase di gara: il procedimento
- La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche
- L'accesso agli atti
- Le principali novità introdotte dal Regolamento di esecuzione
- Analisi delle principali problematiche in materia, alla luce degli orientamenti della giurisprudenza e dell'AVCP

Premesse

“Norme minute esistono per la ricerca del contraente da parte dell’amministrazione pubblica: libera è la scelta fra le parti private, vincolata invece la regola all’osservanza di determinate forme per l’amministrazione pubblica”.

Vitta, *Diritto Amministrativo*, I, Torino, 1948.

Concetto di Procedura ad Evidenza Pubblica

I principi del Codice dei Contratti

- **Parità di trattamento:** Par condicio - Messa in concorrenza - Regole prefissate ed invariabili;
- **Trasparenza:** Pubblicità - Regole conosciute - Accesso agli atti;
- **Proporzionalità:** Decisioni motivate - Criteri di selezione proporzionati;
- **Mutuo riconoscimento:** Qualificazioni professionali - Specifiche tecniche.

Concetto di Procedura ad Evidenza Pubblica

Le fasi dell'affidamento (art. 11 del Codice dei Contratti):

1. Fase di Decreto o Determinazione a contrarre
2. Fase di svolgimento della gara
3. Fase dell'aggiudicazione provvisoria
4. Fase dell'aggiudicazione definitiva
5. Fase di Stipula del Contratto
6. Fase dell'esecuzione

Quadro normativo

I metodi attraverso i quali viene selezionata l'offerta migliore si definiscono criteri di aggiudicazione.

Attualmente il codice dei contratti prevede due criteri di aggiudicazione tassativi per tutti i contratti pubblici il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa (in linea con il Considerando n. 46 della direttiva).

Art. 81. Criteri per la scelta dell'offerta migliore

Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'evoluzione normativa che ha portato all'attuale formulazione

- L'art 73 regolamento di contabilità n. 827/1924 nell'individuare i modi attraverso i quali si svolgeva l'asta pubblica prevedeva la sola componente economica come parametro di aggiudicazione.
- La l. n. 109/1994, art. 21, prevedeva sistemi diversificati a seconda del tipo di appalto e del sistema di aggiudicazione.
Il criterio del prezzo più basso veniva utilizzato per gli appalti di sola esecuzione laddove quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa si riferiva alle concessioni di costruzione e gestione, all'appalto concorso e, successivamente, anche all'appalto integrato.
- Tali disposizioni si applicavano agli appalti sia sopra che sotto soglia, ma si scontrarono immediatamente con i principi di derivazione comunitaria. Più in particolare, la direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CE, riguardante i lavori pubblici (così come la direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CE, relativa ai servizi e quella 14 giugno 1993, a 93/36/CE, sulle forniture) prevedeva di aggiudicare gli appalti indifferentemente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quella del prezzo più basso, senza, quindi, operare alcuna preferenza.

L'evoluzione normativa che ha portato all'attuale formulazione (2)

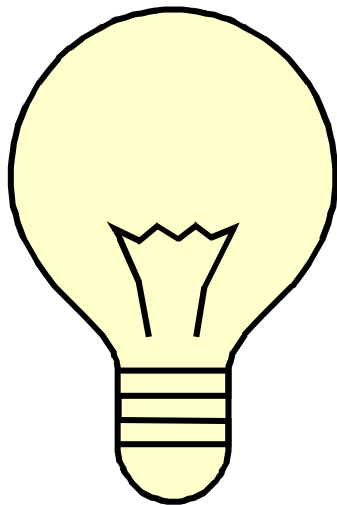
- La l. n. 166/2002, contenente disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti, sulla scia della disciplina comunitaria, modificò l'art. 21 (inserendo l'ad. 21-ter della legge quadro), prevedendo la possibilità, per gli appalti sopra la soglia comunitaria di fare ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- La C. Giust. CE 7 ottobre 2004 n C-247/02 nel confermare la piena fungibilità tra i due sistemi faceva comunque un passo in avanti sostenendo che il criterio del prezzo più basso comportasse il rischio di privare le amministrazioni della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche di ogni appalto di scegliere per ciascuno il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza ed assicurare la selezione della migliore offerta. Secondo la Corte quindi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa appariva quello idoneo a valorizzare il principio della concorrenza.
- A livello nazionale, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, con la deliberazione 22 giugno 2005 ha affermato che l'equivalenza fra i due sistemi è un principio valevole per tutti i contratti anche per quelli sotto la soglia comunitaria.

La scelta del metodo: presupposti e motivazione

L'offerta economicamente più vantaggiosa è il metodo secondo cui le offerte presentate dai privati vengono scelte non solo in base al parametro strettamente economico, ossia il prezzo, ma in base all'analisi dei costi-benefici e cioè sulla base della qualità complessiva dell'offerta.

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (2)

Quali differenze rispetto a quello che una volta veniva definito appalto concorso?



Si è spesso affermato che l'appalto concorso (la prestazione richiesta, oltre all'esecuzione dell'opera, consiste nella redazione del progetto definitivo ed esecutivo) e quello integrato (che ha per oggetto la progettazione esecutiva, con il definitivo posto a base di gara) siano procedure di aggiudicazione.

L'art. 55 co. 2 del codice considera queste ipotesi quando tratta dell'oggetto del contratto, prevedendo espressamente che "le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione" chiarendo che la differenza attiene alla natura giuridica dei due istituti che non sono procedure di aggiudicazione ma contratti particolari aventi ad oggetto una prestazione multipla..

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (3)

La procedura si impernia sul complesso confronto tecnico-discrezionale delle offerte presentate in abbinamento all'economicità: in altre parole sul principio del rapporto qualità/prezzo in linea, peraltro, con quanto precisato **dall'art. 2 del Codice dei contratti** "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza".

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (4)

Art. 81. Criteri per la scelta dell'offerta migliore

2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

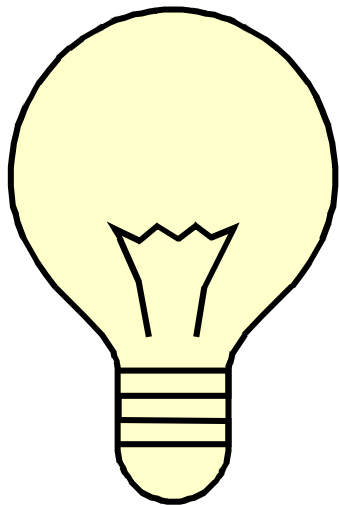
Elemento di importante innovazione: ora, infatti, emerge la **scelta**, rimessa alla stazione appaltante, e **non più predeterminata dalla legge**, tra il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il codice abbandona definitivamente, quindi, lo sfavore, il sospetto, verso il criterio **semiautomatico**, affermando la pari dignità dei due sistemi.

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (5)

I corollari della previsione sono chiari nel dettato normativo:

- obbligo di chiarire preventivamente, per i potenziali concorrenti, quali modalità saranno utilizzate per l'aggiudicazione dell'appalto, indicandole nel bando di gara (regola semplice e intuitiva);
- obbligo di operare una scelta razionale, adeguata e proporzionata, in relazione alle caratteristiche delle prestazioni. In tal modo, sembra emergere, indirettamente, anche l'obbligo di **motivare** la scelta del criterio, in funzione degli elementi oggettivi del contratto (regola meno evidente e immediata).

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (6)



Si potrebbe sostenere che l'art. 81 comma 2 del Codice esprima il superamento della previsione secondo la quale il **bando**, in quanto atto generale, non richiederebbe alcuna particolare motivazione.

Come va articolata, in concreto, la **motivazione** della scelta compiuta? Quale ampiezza e profondità deve assumere? Quale margine di sindacato è prospettabile in sede giurisdizionale nei confronti di motivazioni inadeguate o lacunose?

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (7)

Pregevoli, in tal senso, le indicazioni **dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nella Determinazione n. 5 dell'8 ottobre 2008** recante "Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici":

- *la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, 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;*
- *il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate;*
- *il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali, ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata".*

La scelta del metodo: presupposti e motivazione (8)

La scelta del criterio di selezione delle offerte, invece, ha carattere discrezionale e, al pari di ogni altra attività amministrativa discrezionale, deve ritenersi sindacabile per eccesso di potere, nelle sue forme sintomatiche della manifesta illogicità o irragionevolezza.

- “Va notato come l’art. 81, co. 2, del ripetuto codice dei contratti non richieda l’esternazione di specifica e puntuale motivazione della scelta tra il criterio del prezzo più basso e quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, limitandosi a prescrivere che il criterio prescelto sia “più adeguato in relazione alle caratteristiche dell’oggetto del contratto”; il che, nella specie, per quanto innanzi non pare dubitabile nei noti limiti in cui sia sindacabile in sede di legittimità una siffatta scelta, di carattere prettamente discrezionale” (**Consiglio di Stato sez. V - 26/02/2010, n. 1154**).
- “In tema di procedure di gara per l’affidamento di lavori, è legittima l’adozione da parte della stazione appaltante del sistema di scelta del contraente basato sull’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa al fine di dare rilevanza non solo al prezzo ma anche alle modalità esecutive dell’opera. Infatti, la scelta dei criteri di aggiudicazione rientra nella discrezionalità della stazione appaltante. A tal fine è, dunque, irrilevante la circostanza che il progetto dell’opera sia completo e che, di conseguenza, la gara possa essere anche aggiudicata con il criterio del prezzo più basso”. (**Consiglio di Stato sez. VI - 14 luglio 2011, n. 4277**)

I criteri di valutazione

L'utilizzo di procedure di scelta del contraente che consentano il confronto concorrenziale deve essere completato da criteri di aggiudicazione che siano il più trasparenti ed oggettivi possibile; in altri termini, la stazione appaltante ha l'obbligo di predeterminare i parametri di valutazione delle offerte secondo criteri d'imparzialità e ragionevolezza.

I criteri di valutazione (2)

Art. 83. Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

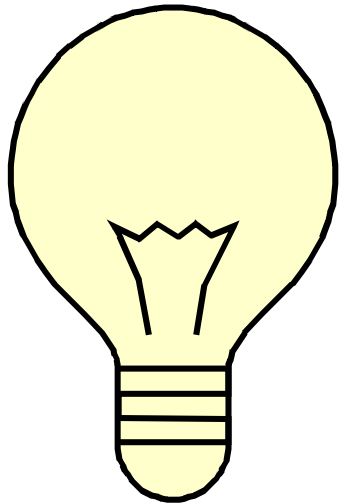
1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo:
 - a) il prezzo;
 - b) la qualità;
 - c) il pregio tecnico;
 - d) le caratteristiche estetiche e funzionali;
 - e) le caratteristiche ambientali** e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto;
(lettera così sostituita dall'articolo 1, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 113 del 2007)
 - f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
 - g) la redditività;
 - h) il servizio successivo alla vendita;
 - i) l'assistenza tecnica;
 - l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
 - m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
 - n) la sicurezza di approvvigionamento;
 - o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

I criteri di valutazione (3)

Assolutamente innovativa è la previsione del criterio delle “caratteristiche ambientali”, dopo che alcune decisioni della Corte di Giustizia avevano già riconosciuto questa possibilità: **viene così riconosciuta in termini generali la possibilità di far riferimento a criteri che non hanno un contenuto economico né tecnico.**

Si veda anche il 46° “considerando” in ordine alla possibilità di utilizzare criteri di valutazione volti a soddisfare “esigenze sociali”, in particolare bisogni di categorie di popolazione svantaggiate oppure il Green Public Procurement (GPP) (in italiano Acquisti verdi della Pubblica amministrazione) quale integrazione di considerazioni di carattere ambientale nelle procedure di acquisto della Pubblica Amministrazione, cioè è il mezzo per poter scegliere “quei prodotti e servizi che hanno un minore, oppure un ridotto, effetto sulla salute umana e sull'ambiente rispetto ad altri prodotti e servizi utilizzati allo stesso scopo” (U.S. EPA 1995).

I criteri di valutazione (4)



Entro quali margini è concretamente possibile utilizzare **parametri diversi**, più ampi o più ristretti rispetto a quelli descritti dalla norma? E quale eventuale obbligo di motivazione grava sulla stazione appaltante?

La tecnica legislativa della formulazione di elenchi non tassativi è molto utile, ma presenta anche notevoli rischi, perché non consente di evidenziare con immediatezza il contenuto dei criteri applicati.

I criteri di valutazione (5)

- **Consiglio di Stato sez. V 18/10/2011 n. 5583**

La giurisprudenza in materia, in relazione alla metodologia, ha inteso sottolineare come la formula da utilizzare per la valutazione della **offerta** economica può essere scelta dall'Amministrazione con ampia discrezionalità (Consiglio di Stato, sez, V, 9.3.2009, n. 1368) e che la stazione appaltante ha ampi margini di discrezionalità nella indicazione dei **criteri** da porre quale riferimento per l'individuazione dell'**offerta** economicamente più **vantaggiosa**.

La elencazione dei **criteri**, infatti, evidentemente non deve ritenersi tassativa, potendo essere previsti nel bando ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

I criteri di valutazione (6)

La previsione legislativa evidenzia il carattere necessariamente **oggettivo** dei criteri, direttamente correlati alla prestazione contrattuale. Deve, inoltre, manifestarsi una **congruità** rispetto ai generali criteri di ragionevolezza e non discriminazione.

In sintesi, per la legittimità della scelta dei criteri di valutazione, devono essere rispettate almeno le seguenti prescrizioni:

- Collegamento effettivo con l'oggetto del contratto;
- Divieto di libertà indiscriminata della stazione appaltante;
- Non discriminazione tra le imprese;
- Applicazione generalizzata dei principi del diritto comunitario

I criteri di valutazione (7)

Non sono utilizzabili per esempio:

- i requisiti di qualificazione (organigramma dell'impresa, mezzi ed attrezzature, qualificazione del personale, ecc.);
- la certificazione di qualità aziendale;
- i requisiti che attengono all'esperienza professionale acquisita dal concorrente (*curriculum*, licenze, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili, ecc.);
- le referenze in ordine a servizi analoghi prestati;
- il fatturato globale o specifico realizzato nel triennio;
- l'elenco delle attrezzature e macchinari, l'importo del fatturato e numero medio di lavoratori dipendenti;
- il numero di comuni ove è stato svolto il servizio;
- il fatturato globale, relativo agli ultimi tre esercizi finanziari, e un fatturato per servizi identici e/o assimilabili all'oggetto del bando.

I criteri di valutazione (8)

Art. 83. Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.
3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'onori, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.
4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. *(comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera u), d.lgs. n. 152 del 2008)*
5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività

La commissione giudicatrice è un organo tecnico della Stazione Appaltante costituito appositamente in occasione dell'indizione di procedure di scelta del contraente da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 84 del Codice dei Contratti)

L'attuale contesto codicistico si caratterizza:

- per la puntuale disciplina della composizione della Commissione (evidenziando, a fronte di una *liberalizzazione* del criterio di aggiudicazione, una persistente diffidenza soggettiva verso le strutture che devono gestire la procedura);
- per la riduzione del potere discrezionale di giudizio (la soppressione del potere di fissare e specificare i criteri motivazionali necessari ad attribuire i punteggi prefissati dal bando quale soluzione di prevalenza delle esigenze di oggettività e di trasparenza che devono informare la procedura di scelta del contraente e sulla flessibilità del criterio dell'OEPV fondata su parametri che possono necessitare di chiarimenti e precisazioni da parte della commissione).

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (2)

Le caratteristiche principali della Commissione sono:

- 1) è un organo straordinario, istituito per la cura e la gestione di una particolare procedura (sub-procedura), connessa ad un singolo e specifico contratto pubblico.



Art. 84. Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: 10. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (3)

2) è un organo temporaneo, che esaurisce il proprio compito con l'attività di valutazione delle offerte e con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

La commissione perde la disponibilità degli atti di gara a seguito della loro trasmissione all'organo competente ad approvarli; fino a quel momento, essa può sempre rivedere di propria iniziativa il proprio operato, correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa. Cessa di funzionare nel momento in cui esaurisce i suoi compiti, attraverso l'individuazione della migliore offerta.

Il Codice prevede espressamente la possibilità che la commissione sia "riconvocata" nell'ipotesi in cui venga annullato l'atto di aggiudicazione o venga dichiarata l'invalidità dell'esclusione di un'impresa concorrente; è stabilito che la Commissione sia composta dagli stessi membri (art. 84, comma 12). Ovviamente, la composizione dovrà essere diversa qualora l'atto di aggiudicazione sia stato annullato per l'illegittima composizione della commissione.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (4)

- 3) è un organo collegiale perfetto, in quanto deve necessariamente operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi membri.



TAR Lazio Roma sez. III quater 2/11/2011 n. 8355

La regola secondo cui la Commissione giudicatrice ha natura di collegio perfetto, e deve quindi operare con il plenum e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti, è applicabile allorché la Commissione è chiamata a compiere scelte decisorie e discrezionali, rispetto alle quali determinante appare il contributo di tutti i componenti del collegio ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale; non è invece applicabile allorché la Commissione è chiamata a svolgere compiti a carattere non valutativo, che si sostanziano in un'attività puramente preparatoria ovvero del tutto vincolata (Tar Umbria 21 gennaio 2010 n. 26).

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (5)

- 4) è un organo “ausiliario” della stazione appaltante e non una figura organizzativa autonoma e distinta. La sua attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dagli organi competenti della predetta amministrazione; i compiti da essa svolti sono di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria servente rispetto all’amministrazione appaltante.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (6)

Rispetto ai requisiti soggettivi e alle cause di incompatibilità il Codice detta un'analitica disciplina in ordine alla composizione della commissione giudicatrice, con l'evidente scopo di predisporre una serie di garanzie soggettive per le imprese che partecipano alle procedure di affidamento degli appalti: viene ripresa in gran parte la precedente disciplina dettata dalla L. 109/94 per il solo settore degli appalti di lavori pubblici.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (7)

Art. 84. Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

(i commi 2, 3, 8 e 9, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi da Corte Cost. con sentenza n. 401 del 2007, nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono il loro carattere suppletivo e cedevole)

2. La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, **esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.**

Un'interpretazione troppo rigida del citato assunto potrebbe portare all'eccessivo ricorso a esperti esterni; per questa ragione è stato affermato che tale disposto deve essere interpretato secondo un criterio di ragionevolezza, nel senso che la norma richiede solo che i commissari abbiano un background di competenza tecniche tali da consentire loro di apprezzare i contenuti tecnici delle proposte, per il che è sufficiente che i componenti posseggano un bagaglio di conoscenze, sicuramente afferenti allo specifico settore oggetto della gara, ma al tempo stesso di base, in modo tale da valutare con sufficiente grado di consapevolezza i contenuti delle proposte sottoposte al loro esame.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (8)

3. La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente. (comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera r), d.lgs. n. 113 del 2007)

4. I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

A differenza dell'art. 21 della L. 109/94, il Codice stabilisce che la situazione impeditiva ora indicata riguarda solo i commissari diversi dal presidente. Inoltre, l'incompatibilità non è più prevista per coloro che abbiano svolto funzioni di vigilanza o controllo rispetto ai lavori.

Sul punto, va ricordato che la norma della Legge Merloni aveva sollevato delicati problemi applicativi in relazione all'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000, il quale attribuiva ai dirigenti degli enti locali la presidenza delle commissioni di gara e di concorso e la responsabilità delle procedure di appalto: questa norma, insomma, attribuiva al dirigente anche il potere di emanare il provvedimento di aggiudicazione definitiva, che approva, tra l'altro, i verbali redatti dalla commissione di gara da lui presieduta.

La Commissione giudicatrice: nomina e attività (9)

5. Coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio.
6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.
7. Si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'articolo 51 codice di procedura civile.
8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: (comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lettera l), d.lgs. n. 113 del 2007)
 - a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;
 - b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.
9. Gli elenchi di cui al comma 8 sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale.
11. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

La fase di gara: il procedimento (v. all.1)

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA - Sentenza 28 luglio 2011 n. 13

L'operazione di apertura della busta recante l'offerta tecnica deve svolgersi in seduta pubblica. Tale operazione come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche

La commissione giudicatrice è chiamata ad individuare, tra le offerte presentate dai concorrenti, non tanto la soluzione ottimale in senso assoluto, ma, più realmente, a stilare una classifica tra le proposte esaminate, in funzione delle prestazioni che esse offrono nei confronti di prefissati e discriminanti criteri di valutazione.

La discrezionalità della commissione è ridotta al minimo e a ciò hanno contribuito le modifiche al codice. Infatti, il terzo decreto correttivo ha espunto la disposizione che consentiva alla commissione di fissare preventivamente i criteri motivazionali ai quali si sarebbe attenuta per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione i punteggi stabiliti nel bando.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (2)

Codice contratti - Art. 83. Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.

Regolamento esecuzione - Art. 120. Offerta economicamente più vantaggiosa - Commissione giudicatrice (artt. 91 e 92, d.P.R. n. 554/1999)

1. In caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i “pesi” o “punteggi” da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in “sub-pesi” o “sub-punteggi”, di cui all'articolo 83, commi 1 e 4, del codice ed indicati nel bando di gara, devono essere globalmente pari a cento.

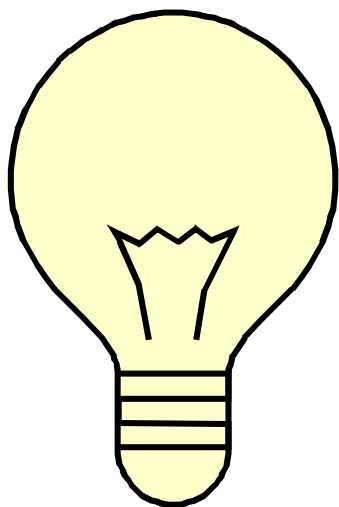
Per i contratti di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del codice i fattori ponderali da assegnare ai “pesi” o “punteggi” attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a sessantacinque.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (3)

Per punteggi s'intende il voto numerico che assegnato a ciascun criterio mentre per peso s'intende l'importanza relativa di ogni elemento rispetto agli altri.

Inoltre la giurisprudenza ha operato una distinzione tra elementi e parametri di valutazione. I primi (merito tecnico, caratteristiche qualitative, prezzo, tempo, ecc.) sono variabili secondo il contratto e solo in seguito si trasformano in punteggi numerici cioè in parametri di valutazione e di ponderazione; pertanto mentre l'elemento costituisce la caratteristica dell'offerta su base della quale deve scaturire una valutazione da parte dell'amministrazione, il parametro è quel dato numerico volto a garantire, in relazione alla natura del contratto, un corretto rapporto prezzo qualità.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (4)



Prima di passare ad una esame di sintesi dei possibili metodi di valutazione, appare opportuno ritornare sulla differenza tra l'OEPR e l'appalto integrato (nella nuova formulazione codicistica che disciplina anche l'appalto concorso).

Come si legge, in tal senso, la previsione di cui all'art. 76 del codice?

Art. 76. Varianti progettuali in sede di offerta

1. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (5)

La previsione della possibilità di varianti progettuali in sede di offerta è oggi generalizzata per qualsiasi appalto e risponde a quanto previsto dalle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE. La scelta del legislatore comunitario, ribadita in sede nazionale, prende atto della circostanza che se il sistema di selezione adotta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante si può trovare di fronte a offerte particolarmente complesse, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari aggiustamenti del progetto base elaborato dall'amministrazione.

Il **limite all'offerta migliorativa** è quello della **non alterazione dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis**, al fine di non ledere principio della **par condicio**. Le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante; la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base; l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali; si dia prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della amministrazione sottese alla prescrizione variata.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (6)

Dunque, nell'OEPV non viene in rilievo la predisposizione ex novo di un progetto (definitivo o esecutivo) e, nell'ambito del procedimento di valutazione, l'amministrazione incontra i limiti previsti dalla normativa:

Art. 76. Varianti progettuali in sede di offerta

2. Le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate.
3. Le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione.
4. Esse prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti.
5. Nelle procedure di affidamento di contratti relativi a servizi o forniture, le stazioni appaltanti che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (7)

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione n. 4 del 20 maggio 2009 recante "Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'art. 153 del codice dei contratti pubblici", ha fornito una serie di indicazioni "al fine di utilizzare metodi di valutazione delle scelte, trasparenti, coerenti e controllabili, che permettano di individuare, tra le alternative progettuali proposte, quelle più confacenti a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, l'allegato B del d.P.R. n. 554/1999 aveva previsto il ricorso ad alcuni dei cosiddetti metodi «multicriteri»".

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (8)

Con il nuovo Regolamento non sono state introdotte procedure particolarmente innovative e gli interventi più rilevanti riguardano le modifiche introdotte nella valutazione degli elementi “quantitativi” degli allegati M (servizi ingegneria e architettura) e P (forniture e servizi).

Con riferimento **all'allegato G (lavori)**, in particolare, è chiarito già nelle premesse del medesimo allegato che il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è effettuato secondo le linee guida ivi illustrate:

- con il metodo aggregativo-compensatore;
- con il metodo ELECTRE.

In alternativa si può fare riferimento ad uno degli altri metodi multicriteri o multiobiettivi che si rinvencono nella letteratura scientifica, quali:

- il metodo Analytic Hierarchy Process (AHP);
- il metodo EVAMIX;
- il metodo Technique for Order Preference by Similarity to Ideal Solution (TOPSIS)”;

La fase di gara: la valutazione delle offerte tecniche (9)

In ogni caso è fondamentale che il metodo utilizzato sia dettagliatamente indicato nel bando di gara o avviso di gara o nella lettera di invito.

Gli atti di gara devono indicare specificatamente i criteri e le formule da adottare secondo le indicazioni riportate nel citato allegato G. Diversamente la valutazione sarebbe accompagnata da tali e rilevanti incertezze capaci di compromettere la legittimità dell'intero procedimento. Non è sufficiente indicare nel bando un mero rinvio all'applicazione delle metodologie richiamate negli specifici allegati (G o P).

Il metodo richiede dunque che siano stabiliti a priori e indicati nel bando di gara:

- gli elementi di valutazione ed eventuali sub elementi di valutazione;
- i pesi degli elementi/subelementi di valutazione;
- gli specifici criteri di valutazione di ogni singolo elemento scelti tra quelli indicati negli allegati G o P del Regolamento.

L'accesso agli atti (v. All. 2)

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA - 28 luglio 2011 n. 13

L'apertura della busta contenente l'offerta tecnica in seduta pubblica non realizza una indebita anticipazione dell'accesso agli atti della procedura in violazione dell'art. 13 del Codice di contratti, atteso che la verifica dei documenti contenuti nella busta consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, l'operazione infatti non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati di prenderne visione del contenuto.

La garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

Le principali novità introdotte dal Regolamento di esecuzione

Gli artt. 120 e 283 del d.P.R. 207/2010, rispettivamente, per i lavori e per i servizi e le forniture, prevedono che, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i "pesi" o i "punteggi" da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in "sub-pesi" o "sub-punteggi" ed indicati nel bando di gara, devono essere globalmente pari a 100.

L'art. 120 d.P.R. 207/2010 ha limitato in modo drastico la discrezionalità della stazione appaltante nel definire il peso ponderale da attribuire all'elemento prezzo quando la gara è svolta per l'affidamento di un c.d. appalto integrato, vale a dire appalti relativi a lavori aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base di un progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice.

Le principali novità introdotte dal Regolamento di esecuzione (2)

L'art. 120, co. 2, e l'art. 283, co. 3, del regolamento fanno presente che, in seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste concernenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'art. 121 in tema di offerte anomale.

Tali disposizioni, che riecheggiano, nelle loro linee essenziali, quanto già previsto per gli appalti di lavori dall'art. 91, co. 3, d.P.R. 554/1999, nel reiterare la precedente previsione regolamentare anziché recepire un diverso indirizzo giurisprudenziale meno formalistico, sembrano di conseguenza evidenziare che l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e la lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse deve necessariamente avvenire in seduta pubblica, con conseguente illegittimità delle operazioni eventualmente effettuate in seduta riservata.

Le principali novità introdotte dal Regolamento di esecuzione (3)

Il regolamento ha altresì l'attenzione a meglio specificare il criterio di aggiudicazione inerente **le caratteristiche ambientali**, in ossequio al **comma 2 dell'art. 2 del codice** (*Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile*) e **all'art. 69 - Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito** (*Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali*).

Le principali novità introdotte dal Regolamento di esecuzione (4)

Al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio di cui all'articolo 2, comma 2, del codice nonché l'articolo 69 del codice, le stazioni appaltanti nella determinazione dei criteri di valutazione:

- a) ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, in relazione all'articolo 83, comma 1, lettera e), del codice, si attengono ai criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, e successivi decreti attuativi, nonché, ai fini del contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, ai criteri individuati con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro dello sviluppo economico;
- b) ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali.

Le principali novità introdotte dal Regolamento di esecuzione (5)

Rilevante, in materia di Commissioni giudicatrici, è l'art. 120, comma 5, in base al quale i commissari – al momento dell'accettazione dell'incarico - devono dichiarare, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000 - l'inesistenza di cause di incompatibilità previste dalla legge, in particolare, relativamente all'aver svolto funzioni o incarichi inerenti l'appalto, incarichi politici e se sussistono le medesime cause di incompatibilità giudiziarie (art. 51 cpc – cause di astensione).