

Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”

di Adolfo Candia

Data di pubblicazione: 4-10-2016

[leggi qui](#)

nota di Adolfo Candia

Le linee guida n. 2, del 21 settembre 2016, sono state adottate dall'A.N.AC. ai sensi dell'art. 213, comma 2 del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50 (Codice), con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016.

Secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, si tratta di atto amministrativo *tout court*, non *erga omnes* e come tale non sussumibile sotto la categoria delle Linee guida vincolanti, quali atti di regolazione di un'autorità indipendente (cfr. Parere del Consiglio di Stato 6 luglio 2016, n. affare 1273/2016). La violazione di Linee guida non vincolanti è valutabile come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, laddove la stazione appaltante si discosti dalle indicazioni in esse fornite senza adeguata motivazione, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari (cfr. Parere del Consiglio di Stato del 2 agosto 2016, n. affare 1767/2016)

Le Linee guida partono da un'analisi delle novità normative in materia di offerta economicamente più vantaggiosa per esaminare, poi nel dettaglio la valutazione degli aspetti qualitativi e quantitativi, nel caso di utilizzo del miglior rapporto qualità/prezzo, fornendo indicazioni sulle formule da utilizzare, sull'utilizzo dei criteri motivazionali, sulla riparametrazione dei punteggi singolarmente attribuiti a ciascun criterio prima e di quello complessivo dato alla componente qualitativa nel suo insieme.

Come è noto, l'art. 95, comma 2, del Codice prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti aggiudichino gli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) individuato secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita. L'elemento costo può assumere anche la forma di un prezzo o costo fisso mentre la competizione viene svolta unicamente sulla base dei criteri qualitativi (art. 95, comma 7).

In sintesi la nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa ingloba quattro diverse declinazioni dell'unico criterio di aggiudicazione che sono individuabili in:

1. Rapporto qualità/prezzo;
2. Solo prezzo;
3. Costo/efficacia, tenendo conto anche del ciclo di vita;

4. Prezzo fisso e competizione sulla qualità.

Il comma 4, dell'art. 95, stabilisce che può - e non deve - «essere utilizzato il criterio del minor prezzo: per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo».

Devono, invece, sempre essere assegnati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, i contratti relativi a: i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica; i servizi ad alta intensità di manodopera (ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto – art. 50, comma 2); i servizi di ingegneria e architettura, nonché gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

Le Linee guida pongono l'accento sull'ormai acquisito superamento della rigida separazione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. La norma del Codice, infatti, recependo la previsione contenuta nell'art. 67, par. 2, lett. b) della direttiva 2014/24/UE, che, a sua volta, ha fatto propria l'elaborazione giurisprudenziale più recente della Corte di Giustizia in materia (CGUE sentenza Am.-Am. SI. de In. GE. SA in causa C-601/13), prevede espressamente che i requisiti di natura soggettiva, riferiti a organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale, possono essere presi in considerazione nella valutazione delle offerte quando questi permettono di valutare meglio il contenuto e l'affidabilità della stessa ovvero per premiare il concorrente che presenta determinati requisiti ritenuti particolarmente meritevoli. Il riferimento, stante l'elaborazione della giurisprudenza in materia, è a quelle prestazioni di *facere* sulle quali l'organizzazione nonché la qualifica e l'esperienza del personale impiegato nell'esecuzione ha un immediato riflesso sulla qualità del servizio offerto ¹⁴.

In ordine, poi agli specifici criteri di valutazione, le Linee guida forniscono espresse indicazioni riguardo alla necessità di attribuire specifici punteggi ai criteri ambientali che superino quelli minimi (CAM).

Con riferimento al costo del ciclo di vita, viene precisato come lo stesso consenta di procedere a una valutazione complessiva dell'impatto economico dei lavori, beni e servizi da acquisire nonché a una valutazione dei costi che più direttamente ricadono sulla stazione appaltante (in ultima analisi sintetizzabili in un "prezzo"). Al riguardo si rileva come l'elenco contenuto al comma 6 dell'art. 95 recepisce le modifiche introdotte all'art. 83 del d.lgs. 163/2006 dalla l. 28 dicembre 2015, n. 221 (Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali); la principale differenza, tuttavia, contenuta nella nuova norma consiste nel fatto che la seconda parte del comma 2 del precedente art. 83 del d.lgs. 163/2006 è stata spostata all'art. 96, comma 2, che contiene il riferimento ai dati e al metodo utilizzato per il calcolo del costo del ciclo di vita dell'appalto. In

questa nuova collocazione, il riferimento ad un metodo di calcolo basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori, accessibile a tutte le parti e che tenga conto di dati che possano essere forniti con un ragionevole sforzo, non riguarda più (come nella precedente collocazione del comma 2 dell'art. 83) il ciclo di vita in generale ma solo la componente che tiene conto dei costi imputabili alle esternalità ambientali. In effetti le maggiori difficoltà di calcolo e i maggiori rischi di discriminazione e di eccessiva onerosità per gli operatori sono legati proprio alla dimostrazione dei costi relativi alle citate esternalità.

Con riferimento, poi alla possibilità data alle stazioni appaltanti di inserire nella valutazione dell'offerta criteri premiali (art. 95, comma 13), le Linee guida precisano come il richiamo ai principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità nonché alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea, risponde alle diverse necessità di evitare che la valutazione di elementi che sono presi in considerazione quali elementi premianti possa creare uno svantaggio per le imprese del mercato dell'Unione, diverse da quelle italiane, possa risultare sproporzionato in modo da sbilanciare la valutazione dell'offerta sul versante dei criteri premianti a scapito dei criteri connessi alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, ovvero alterare la trasparenza delle valutazioni.

Ciò soprattutto con riferimento al *rating* di legalità e per le implicazioni che l'utilizzo dello stesso ha sotto il profilo della violazione del principio di non discriminazione. Il *rating* di legalità – previsto dall'art. 5-ter del decreto-legge 1/2012, come modificato dal Decreto legge 29/2012, convertito con modificazioni dalla Legge 62/2012 -, infatti, può essere richiesto esclusivamente da imprese italiane, o estere con sede operativa in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro. A meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il *rating*, al suo utilizzo dovrebbero essere giustapposte misure di compensazione per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione. A queste ultime, in altre parole, dovrebbe essere consentito di acquisire lo stesso punteggio premiale legato al *rating* di legalità attraverso la dimostrazione dell'adozione di misure equivalenti. Inoltre, poiché l'elenco delle imprese che hanno un *rating* di legalità è pubblico, sarebbe opportuno limitare l'utilizzo di tale criterio nei casi in cui la stazione appaltante scelga direttamente gli operatori economici da invitare. Va, infine, ricordato che, ai sensi del comma 14, nei criteri di aggiudicazione basati sul miglior rapporto qualità/prezzo, il bando può prevedere la richiesta di varianti, secondo le modalità ivi descritte.

Le linee guida si soffermano, poi, sulla ponderazione dei criteri. Al riguardo appaiono centrali le indicazioni relative alla esatta predeterminazione dei punteggi e sub punteggi, all'opportunità essi siano proporzionalmente ripartiti tra i criteri afferenti all'oggetto principale e agli oggetti secondari dell'affidamento, mentre siano limitati o nulli con riferimento ai criteri relativi a profili ritenuti non essenziali in relazione alle esigenze della stazione appaltante. L'Autorità ammette la doppia riparametrazione, che, in ogni caso deve essere espressamente prevista negli atti di gara. Sul punto il Consiglio di Stato, con il sopra richiamato parere (n. affare 1273/2016) ha tenuto a precisare che la riparametrazione non è un obbligo che possa farsi discendere da nessuna norma e non può essere imposta dalla Linea guida ma esclusivamente prevista negli atti di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione.

Le Linee guida, ammettendo l'utilizzo di formule indipendenti, che di regola non consentono l'attribuzione del punteggio massimo all'offerta economica e per questo forniscono precisa indicazione circa l'utilizzo della riparametrazione anche per il punteggio assegnato al prezzo.

In relazione alla valutazione degli elementi quantitativi, le Linee guida costituiscono una sostituzione dell'allegato P al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, abrogato con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, pur essendo precisato come sia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione del metodo di calcolo. Si ammette l'utilizzo delle formule lineare, bilineare – rispetto alla quale si suggerisce che il valore soglia sia individuato non esogenamente dalla stazione appaltante ma endogenamente dal mercato – e della quadratica (messe opportunamente a confronto con grafici comparativi). Se ne indicano pro e contro, si ammette, inoltre, espressamente l'utilizzo di formule indipendenti (essendo quelle richiamate delle formule interdipendenti, in cui l'attribuzione del punteggio a ciascuna offerta dipende dal ribasso massimo, o dal minor prezzo o dalla media). Critica è la posizione dell'Autorità in ordine alla formula quadratica con $\alpha < 1$ (perché si genera una curva convessa) e alla formula della proporzionalità inversa^[2], perché in entrambi i casi vengono premiati in misura maggiore (rispetto all'interpolazione lineare) i ribassi elevati, il che risulta disincentivante per la competizione sul versante della qualità. In ogni caso, la scelta delle formule da utilizzare deve essere posta in relazione al peso complessivo dato alla componente del prezzo. Nei casi in cui a tale componente sia attribuito un valore molto contenuto non dovranno essere utilizzate quelle formule che disincentivano la competizione sul prezzo e viceversa.

Per l'attribuzione dei punteggi relativi in generale agli elementi quantitativi, l'A.N.AC. ammette che le stazioni appaltanti utilizzino altri sistemi, esplicitati nel bando o nella lettera di invito, purché vengano rispettati i criteri del punteggio nullo per l'offerta che non presenta sconti e punteggio massimo per l'offerta con lo sconto più elevato e purché non determinino esiti illogici, irrazionali o abnormi.

Con riguardo, invece, alla valutazione degli elementi qualitativi viene fornita l'indicazione secondo cui debbono essere fissati negli atti di gara i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte. Tali criteri devono essere almeno non discriminatori (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore), conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese. Il capitolato e il progetto, per quanto possibile, devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione. È sottolineata, inoltre, l'opportunità, specie qualora il criterio sia caratterizzato da più aspetti da valutare separatamente l'uno dall'altro, che lo stesso sia diviso in più sub criteri, ciascuno con il proprio sub punteggio. Si ammette il metodo del confronto a coppie tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara. In tale secondo metodo, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, v. [Consiglio di Stato, sez. III, 21 gennaio 2015](#), sentenza n. 205), la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite dai commissari ai singoli elementi di valutazione considerati, volta per volta, nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte. Diversamente, invece, le ragioni dell'attribuzione del singolo punteggio devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando.

Chiudono la Linea guida le indicazioni relative alla formazione della graduatoria. Dopo che la commissione di gara ha effettuato le valutazioni tecniche per l'attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e attribuito i coefficienti agli elementi quantitativi, occorre, infatti, determinare, per ogni offerta, un dato numerico finale atto ad individuare l'offerta migliore.

A questo fine l'A.N.AC. fare riferimento a uno dei metodi multi-criteri o- multi-obiettivi proposti dalla letteratura, quali l'aggregativo compensatore, l'Electre, il metodo AHP, il Topsis, ritenendo che nessuno di essi sia, in assoluto, il migliore. Ragione per cui si ammette la facoltà della stazione appaltante di applicare il criterio di determinazione del punteggio finale per ciascuna offerta ritenuto più opportuno, purché tale criterio rispetti i seguenti principi: abbia basi scientifiche; sia proporzionale con l'oggetto dell'appalto; sia non discriminatorio, facendo sì che se un'offerta presenta valori migliori per ciascun coefficiente rispetto ad un'altra anche il punteggio finale rifletta queste preferenze; sia accuratamente descritto nel bando di gara.

Adolfo Candia

[1] D'altra parte il nostro ordinamento ha tradizionalmente avuto un esempio rilevante del genere appena descritto nei servizi di ingegneria e di architettura, in ordine al cui affidamento tra gli elementi di valutazione dell'offerta, in termini di adeguatezza e professionalità, è preso in considerazione lo svolgimento di tre servizi significativi ed affini al servizio di ingegneria e architettura da affidare (cfr. art. 266, comma 1, lett. b), n. 1 del D.P.R. n. 207/2010).

[2] $P_i = (O_{min} / O_i) * P_{max}$, la formula pone in relazione inversa all'interpolazione lineare il rapporto tra l'offerta più bassa e la offerta *i*-esima perché compara il prezzo offerto e non il ribasso.