



Claudio Contessa

L'offerta economicamente più vantaggiosa – Introduzione al tema

Firenze, 28 gennaio 2010



PromoPA Fondazione

“L'offerta economicamente più vantaggiosa nei lavori pubblici”

Claudio Contessa

***“L'offerta economicamente più vantaggiosa
Introduzione (comunitaria e nazionale)
al tema”***

Firenze, 28 gennaio 2010

SCHEMA DELL'INTERVENTO (1/2):

I – Breve introduzione storico-sistematica al tema sotto il versante comunitario ed interno;

II – Caratteri dell'istituto nella disciplina del 'Codice' e nella L.R. Toscana n. 38/07 e ss.mm.ii.;

III – Il problema dell'individuazione degli elementi/criteri di valutazione: il nodo degli elementi di carattere ambientale e sociale

SCHEMA DELL'INTERVENTO (2/2):

IV – Possibilità (e limiti) nell'articolazione di sub-criteri e sub-punteggi: la posizione della giurisprudenza comunitaria e nazionale;

V – La questione delle c.d. 'soglie di sbarramento': condizioni e limiti;

VI – L'assetto di dettaglio dell'OEPV nello schema di regolamento di attuazione (cenni)

(I)

***BREVE INTRODUZIONE AL TEMA
SOTTO IL VERSANTE COMUNITARIO
E INTERNO***

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur vantando ormai una storia applicativa piuttosto risalente nel nostro ordinamento, non ha ancora conosciuto una piena sistemazione concettuale

Nell'evoluzione normativa e nel dibattito fra gli addetti ai lavori, il ricorso all'OEPV è stato (a seconda dei casi):

- enfatizzato (quale figura idonea a conferire flessibilità e qualità, in specie nel settore dei lavori):***
- oppure vivamente osteggiato (quale figura idonea a determinare incrementi di costi e di occasioni contenziose).***

Nell'esperienza nazionale, l'approccio al tema dell'OEPV è stato troppo spesso accompagnato da vere e proprie **suggerzioni**, che non hanno consentito, probabilmente, di apprezzarne appieno le caratteristiche oggettive e di giudicarne con serenità i (pur immancabili) limiti applicativi.

Basti pensare, a mo' di esempio, alla dibattuta questione relativa al se il criterio dell'OEPV sia idonea ad arrecare un maggiore o minore tasso di **trasparenza** nella gestione delle procedure d'appalto.



Claudio Contessa

L'offerta economicamente più vantaggiosa – Introduzione al tema

Firenze, 28 gennaio 2010



Passando dalla sfera del dibattito pubblicistico all'ambito concreto della disciplina positiva, l'approccio del Legislatore (nazionale e regionale) al tema dell'OEPV ha risentito in modo rilevante delle suggestioni concettuali in questione.

La legge Merloni (emanata in una particolare – e probabilmente irripetibile – temperie storico/sociale) prendeva le mosse da un approccio concettuale fortemente critico nei confronti dell'espansione di questo criterio di aggiudicazione e ne limitava applicazione a casi del tutto residuali (aggiudicazione mediante appalto-concorso ed affidamento di concessioni mediante licitazione privata).

***Inoltre, la legge 109/94 circondava il ricorso allo strumento in questione di vincolanti cautele normative (es.: - l'indicazione tassativa e non integrabile degli elementi oggetto di valutazione;
- l'indicazione meticolosa delle regole di composizione e funzionamento nonché delle ipotesi di incompatibilità dei membri delle Commissioni giudicatrici).***

Ma anche la legislazione regionale non è rimasta indifferente ad un approccio 'estremo' alla questione dell'ambito di applicazione del criterio dell'OEPV.

Per quanto riguarda la Regione Toscana, viene in rilievo, in particolare, l'art. 36 della L.R. 38/07 il quale – nella sua originaria formulazione – annetteva **carattere paradigmatico** al criterio dell'OEPV nell'ambito degli appalti di interesse regionale, rendendo tendenzialmente residuale il ricorso al criterio dell'aggiudicazione al massimo ribasso.

La scelta di politica normativa in questione presentava evidenti problemi:

A) In relazione all'applicazione del **diritto comunitario** (CGCE, sent. 7/10/04, C-247/02), limitando la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici anche locali di individuare per il singolo appalto il criterio maggiormente idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta;

B) In relazione al **riparto costituzionale delle materie** devolute alla legislazione esclusiva dello Stato. (viene in rilievo, sotto questo aspetto, la previsione di cui all'art. 4, co. 3 del 'Codice', secondo cui è precluso alle Regioni recare una disciplina diversa da quella statale – inter alia – in relazione ai criteri di aggiudicazione).

(La novella di cui alla **L.R. 13/08**)

(II)

***CARATTERISTICHE DELL'ISTITUTO
NELLA DISCIPLINA
DEL 'CODICE DEI CONTRATTI'
E NELLA L.R. TOSCANA 38/07
e ss.mm.ii.***

Passiamo, quindi, ad esaminare brevemente gli aspetti di maggiore interesse della disciplina dell'OEPV nella sua declinazione nazionale e regionale, individuando i profili sotto i quali le scelte di politica normativa interna presentano le principali peculiarità rispetto al paradigma comunitario.

La prima notazione riguarda l'elencazione (comunque, meramente esemplificativa) degli elementi che le stazioni appaltanti possono porre a base dell'aggiudicazione:

Nella declinazione nazionale (art. 83 del 'Codice'), viene in rilievo una maggiore specificazione delle **caratteristiche ambientali**

Mentre invece, manca un'espressa menzione ad **esigenze di carattere sociale** (raffronto con la L.R. Toscana).

La seconda notazione riguarda le novità che il 'Codice dei contratti' reca in tema di **ponderazione degli elementi/criteri di valutazione:**

- **Mentre la legge Merloni non sanciva l'obbligo per le stazioni appaltanti di determinare ex ante il peso relativo degli elementi di valutazione (limitandosi a prescrivere che il bando indicasse l'**ordine decrescente di importanza** dei singoli elementi);**
- **Al contrario, il d.lgs. 163/06 (art. 83, co. 2) obbliga le stazioni appaltanti a fissare già in sede di bando il valore ponderale attribuito a ciascun elemento/criterio di valutazione (in tal modo rendendo residuale l'ipotesi in cui l'Amministrazione possa limitarsi ad indicare l'ordine decrescente di importanza dei singoli elementi).**

La terza peculiarità dell'intervento normativo statale in questione riguarda la scissione fra:

- **da un lato, gli *elementi/criteri di valutazione* in senso proprio (che devono essere inclusi nell'ambito del bando anche nell'eventuale articolazione in sub-criteri e sub-punteggi) e**
- **dall'altro, le *condizioni particolari per l'esecuzione* del contratto (che, pure, devono essere incluse ab initio nell'ambito del bando), le quali non costituiscono oggetto puntuale di valutazione ma obbligano comunque gli offerenti al rispetto delle relative prescrizioni (d.lgs. 163/06, art. 69).**

Per quanto riguarda, poi, la disciplina particolare che la Regione Toscana ha conferito alla materia dell'OEPV (e pur nella consapevolezza dei limitati margini di intervento che residuano alla Regione una volta ascritta la materia alla competenza esclusiva statale – art. 4, co. 3 del 'Codice' -), si segnalano come di particolare interesse:

- ***l'art. 14 della L.R. Toscana, n. 38/07, il quale sembra obbligare le stazioni appaltanti ad includere in modo necessario nell'ambito degli elementi/criteri dell'OEPV:***
 - a) le misure aggiuntive in tema di sicurezza e salute dei lavoratori;***
 - b) I requisiti di sicurezza connessi all'utilizzo del bene (per il caso di appalti di forniture)***

(possibili criticità)

(segue)

- **In secondo luogo, appare di particolare interesse la previsione di cui all'art. 30 della L.R. 38/07, il quale prevede l'approvazione, da parte della Giunta Regionale, di **linee-guida** per le stazioni appaltanti e **capitolati** relativi a particolari tipologie di appalto, con l'indicazione dei parametri utili alla valutazione dell'OEPV.**

(la questione della valenza prescrittiva o meno delle linee-guida in questione:

Si tratta di **parametri per valutare l'esercizio in concreto della discrezionalità da parte delle stazioni appaltanti oppure o di **meri atti di indirizzo** da cui le stazioni appaltanti possono motivatamente discostarsi in sede di predisposizione dei bandi?)**

(III)

IL PROBLEMA DELL'INDIVIDUAZIONE DEGLI ELEMENTI DI VALUTAZIONE: IL NODO DEGLI ELEMENTI DI CARATTERE AMBIENTALE E SOCIALE

Venendo, quindi, alla questione dell'individuazione degli elementi/criteri di valutazione nell'ambito dell'OEPV, occorre osservare in primo luogo che la scelta del Legislatore nazionale e regionale (conforme, del resto, al paradigma comunitario) è stata nel senso di annettere carattere meramente **indicativo ed esemplificativo all'elenco di elementi/criteri normativamente indicati.**

In questo modo:

- **si supera il principio della **tassatività** nell'individuazione dei criteri che era stato proprio della 'legge Merloni';**
- **si individua in capo alle stazioni appaltanti il solo limite della **pertinenza** con la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto;**

(La questione del limite all'esercizio della **discrezionalità nell'individuazione degli **elementi/criteri di valutazione**)**

La seconda questione di interesse in relazione all'individuazione degli elementi/criteri di valutazione è relativa al peso **relativo da attribuire alla voce-prezzo**

E' evidente, al riguardo, che laddove si annettesse un valore preminente alla componente-prezzo (come nel caso del d.lgs. 406/91), si vanificherebbe in concreto la ratio stessa dell'istituto dell'OEPV, volto ad individuare l'offerta che presenta il migliore rapporto qualità/prezzo;

Sotto questo profilo (in assenza di indicazioni puntuali da parte della normativa primaria) è interessante osservare che la bozza di regolamento (art. 120) prevede che nell'ambito degli appalti di lavori in cui all'appaltatore è demandata anche la progettazione esecutiva dell'opera, i fattori ponderali da attribuire ai punteggi riferiti alla qualità, al pregio tecnico e alle caratteristiche estetiche e funzionali dell'opera **non** devono essere complessivamente **inferiori a sessantacinque.**

La terza questione di interesse in relazione all'individuazione degli elementi/criteri di valutazione è relativa alla possibilità per le stazioni appaltanti di introdurre nell'ambito dei bandi di gara elementi e criteri di valutazione relativi agli **aspetti ambientali e sociali dell'opera.**

Al riguardo, mette conto di segnalare che la giurisprudenza della CGCE aveva già ammesso, nella vigenza delle vecchie direttive in tema di 'settori classici' e a determinate condizioni, la possibilità per le stazioni appaltanti di includere fra i criteri di aggiudicazione anche i parametri ambientali e sociali (a condizione che ciò

- non rappresentasse una misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa,**
- ovvero violasse il principio di libera prestazione dei servizi**
- o il principio di non discriminazione in base alla nazionalità) (CGCE, sent. 17/12/02 in causa C-513/99).**

La possibilità di includere criteri di aggiudicazione relativi agli **aspetti ambientali e sociali** dell'opera è stata espressamente ammessa dalla c.d. 'direttiva settori classici' (considerando 46).

Con particolare riguardo alle **esigenze sociali** (che il d.lgs. 163/06 non ha espressamente menzionato), la direttiva 2004/18/CE consente alle stazioni appaltanti di tenerne adeguatamente conto laddove esse siano proprie "di categorie di popolazioni particolarmente svantaggiate cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto".

Per quanto concerne le scelte operate in sede di stesura del 'Codice', occorre segnalare una particolarità:

- ***mentre la questione delle esigenze ambientali è stata presa in considerazione sia per ciò che attiene gli elementi/criteri di aggiudicazione (art. 83), sia per ciò che attiene le condizioni particolari di esecuzione del contratto (art. 69);***
- ***al contrario, la questione delle esigenze sociali è stata espressamente menzionata solo con riferimento alle condizioni particolari di esecuzione del contratto (art. 69), mentre essa non viene in alcun modo richiamata in relazione agli elementi/criteri di aggiudicazione.***

(nulla impedisce, tuttavia, che la lacuna possa essere colmata in sede di predisposizione del bando).

Per quanto concerne, infine, le scelte di politica legislativa operate in sede di stesura della **L.R. Toscana, n. 38/07** in relazione alla questione dei requisiti sociali ed ambientali, segnalo due aspetti di particolare interesse:

- In primo luogo, la scelta di individuare in modo piuttosto analitico (sia pure, meramente esemplificativo) i **criteri di carattere ambientale**;***
- In secondo luogo, la scelta di individuare puntualmente le **misure di tutela della salute dei lavoratori e di tutela dei lavoratori svantaggiati**, di cui le stazioni appaltanti devono tenere conto in sede di predisposizione dei bandi (articoli 14 e 36).***

(IV)

***POSSIBILITÀ (E LIMITI)
NELL'ARTICOLAZIONE
DI SUB-CRITERI E SUB-PUNTEGGI:
LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA
COMUNITARIA E NAZIONALE***

Come è noto, le vecchie direttive ricorsi (e la stessa legge Merloni) non imponevano alle stazioni appaltanti di fissare in modo dettagliato (già in sede di predisposizione del bando) il peso relativo dei singoli elementi/criteri di valutazione.

Conseguentemente, in una prima fase, la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva ritenuto che, laddove il bando avesse comunque stabilito il valore ponderale dei singoli elementi/criteri di valutazione, la Commissione di gara ben potesse procedere ad articolare le singole voci in sub-criteri e sub-punteggi, a condizione che ciò avvenisse prima di avere preso concretamente conoscenza del contenuto delle offerte.

L'approccio in questione era stato sostanzialmente avallato da una pronuncia della CGCE del novembre del 2005 (resa su ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato), la quale aveva chiarito che:

***"il diritto comunitario non osta a che una commissione giudicatrice attribuisca un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente (...)
purché una tale decisione:***

- ***non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;***
- ***non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;***
- ***non sia adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti".***

(CGCE, sent. 24/11/05 in causa C-331/04)

Ora, nonostante il sostanziale avallo che la CGCE aveva offerto alla possibilità per le Commissioni di gara di procedere all'articolazione di sub-criteri e di sub-punteggi, il Legislatore delegato del 2006 si è mosso in una diversa **direzione di massimo rigore**, e (nella prima stesura del Codice dei contratti) aveva previsto:

- che l'eventuale articolazione di sub-criteri e sub-punteggi (laddove ritenuta necessaria) dovesse essere indicata già in sede di predisposizione del bando (e che non vi potesse provvedere autonomamente la Commissione aggiudicatrice);***
- che la stessa Commissione aggiudicatrice, prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte, avrebbe dovuto fissare i **criteri motivazionali** cui si sarebbe attenuta al fine di attribuire il punteggio concreto in relazione a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione (art. 83, co. 4)***

Ora, per ciò che riguarda l'articolazione di sub-criteri e sub-punteggi, *il fatto nuovo* nel panorama giurisprudenziale è stato rappresentato da una pronuncia della CGCE ex art. 234 TCE del gennaio 2008 la quale (pur riprendendo i principi già espressi nella precedente pronuncia del novembre 2005) ha impresso alla questione un sostanziale *'giro di vite'*, affermando che

"nella materia degli appalti pubblici, il principio di parità di trattamento fra gli operatori e il dovere di trasparenza *ostano* a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'Amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sotto-criteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onori o nel bando di gara"

(CGCE, sent. 24/1/08, in causa C-532/06)

Ebbene, nonostante la pronuncia della CGCE del 2008 andasse in una direzione di estremo rigore già tracciata dal Legislatore delegato del 'Codice' sin dal 2006, in sede di stesura del c.d. 'terzo correttivo' (d.lgs. 152/08), si è comunque ritenuto di intervenire sul testo dell'art. 83 del 'Codice', eliminando la possibilità per la Commissione aggiudicatrice, prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte, di fissare i **criteri motivazionali** cui si sarebbe attenuta al fine di attribuire il punteggio concreto in relazione a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione (art. 83, co. 4).

Si tratta, tuttavia, di un intervento che (incidendo sulla fase valutativa della Commissione) supera probabilmente le stesse richieste dei Giudici comunitari.

(V)

***LA QUESTIONE DELLE C.D.
'SOGLIE DI SBARRAMENTO':
CONDIZIONI E LIMITI***

La questione delle c.d. 'soglie di sbarramento' prende le mosse da un disposto normativo probabilmente non del tutto perspicuo:

Secondo l'art. 83, co. 2 del Codice, infatti, "il bando di gara (...) [elenca] i criteri di valutazione e [precisa] la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto fra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato".

Ora, nonostante il carattere non chiarissimo della disposizione, appare evidente che la soglia in questione:

- ***non si identifica con gli elementi/criteri di valutazione (e non va confusa con essi);***
- ***non si identifica con i criteri di ponderazione in senso proprio (e non va confusa con essi);***
- ***più semplicemente, la nozione di soglia comporta la possibilità per la stazione appaltante di prevedere, in relazione a ciascun elemento/criterio di valutazione (specie, se riferito ad elementi qualitativi dell'offerta), un quantum parametrico minimo al di sotto del quale l'offerta può essere ritenuta inadeguata nel suo complesso.***

Ora, dal punto di vista sistematico, la possibilità di prevedere in sede di bando soglie di sbarramento risulta giustificata dall'esigenza pratica (propria del criterio dell'OEPV) di **garantire il livello qualitativo delle offerte**, con la conseguenza di comportare l'esclusione di un'offerta (in astratto, conveniente sotto il profilo economico) laddove essa non risulti conforme a **standard minimi di qualità** fissati in sede di lex specialis

(in tal senso, la giurisprudenza anteriore al 'Codice': Cons. Stato, Sez. V, sent. 1040/04)

Ancora dal punto di vista sistematico, si può affermare (sia pure, con qualche approssimazione) che

- la previsione di soglie numeriche di sbarramento sta agli aspetti qualitativi dell'appalto***
- come la previsione di soglie di anomalia sta agli aspetti economico-finanziari dello stesso.***

(ed infatti, in entrambi i casi la previsione di un valore-soglia tendenzialmente insuperabile verso il basso risponde all'evidente esigenza di espungere dalla gara le offerte le quali - al di là di un'apparente convenienza - palesino il rischio di lavorazioni inadeguate ovvero di offerte nel complesso inaffidabili o inattendibili).

Ebbene, la questione delle 'soglie di sbarramento' pone almeno tre problemi pratico/applicativi:

In primo luogo, ci si domanda se sia legittimo collegare la 'soglia di sbarramento' ad **un singolo elemento/sub-elemento di valutazione**, ovvero se sia necessario collegare il valore di soglia in modo cumulato al **complesso degli elementi** relativi agli aspetti qualitativi dell'offerta.

(La risposta corretta sembra nel primo dei sensi indicati, anche se la relativa previsione va attentamente ponderata e motivata).

In secondo luogo, ci si domanda

- **se il superamento (verso il basso) della soglia di sbarramento da parte della singola offerta ne determini *in modo automatico* l'esclusione**
- **ovvero, se sia ipotizzabile una procedura di *verifica in contraddittorio* del carattere 'anomalo' dell'offerta, in qualche modo assimilabile alla procedura di cui agli articoli 86 e 87 del 'Codice'**

(la risposta corretta sembra essere nel primo dei sensi indicati, anche se appare necessario ponderare con attenzione la stesura delle previsioni 'espulsive').

In terzo luogo, ci si domanda se nell'ambito delle offerte da aggiudicarsi con il criterio dell'OEPV si possa legittimamente collegare una soglia di sbarramento all'elemento-prezzo**.**

Si ritiene che al quesito sia da fornire risposta negativa, atteso che, in caso contrario, si introdurrebbe in modo surrettizio una sorta di spuria 'soglia di anomalia**' in ipotesi non previste**

dalla legge (per altro, comportando l'esclusione automatica** dell'offerta senza la possibilità di offrire giustificazioni).**

(VI)

***L'ASSETTO DI DETTAGLIO DELL'OEPV
NELLO SCHEMA
DI REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE
(CENNI)***

Fra le principali novità che lo schema di regolamento attuativo del 'Codice dei contratti' riserva alla questione dell'OEPV, si ritiene di segnalarne quattro:

- ***l'obbligo (per le gare in cui all'appaltatore è demandata anche la progettazione esecutiva) di assegnare agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali dell'opera un punteggio non inferiore a 65/100;***
- ***la conferma della previsione (dPR 554/99, all. B) secondo cui il calcolo dell'OEPV avvenga attraverso il ricorso:***
 - ***al metodo aggregativo-compensatore, ovvero***
 - ***al metodo 'electre', ovvero***
 - ***ad altro fra i metodi multicriteri o multiobiettivi elaborati dalla letteratura scientifica***

(segue)

- ***la fissazione di criteri di massima ai quali ispirare l'(eventuale) scelta di includere fra gli elementi/criteri di valutazione anche le esigenze ambientali e sociali;***
- ***la specificazione delle ipotesi in cui è consentito reclutare i membri delle Commissioni di valutazione al di fuori delle dotazioni organiche delle stazioni appaltanti (in tal modo specificando le previsioni di cui all'art. 84, co. 8 del 'Codice').***



Claudio Contessa

L'offerta economicamente più vantaggiosa – Introduzione al tema

Firenze, 28 gennaio 2010



Grazie.

c.contessa@governo.it