

Offerta economicamente più vantaggiosa: i chiarimenti sui criteri di valutazione

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - Determinazione 24 novembre 2011 n. 7

Gazzetta Ufficiale del 15 dicembre 2011 n. 291

Sintesi: L'Autorità fissa l'obiettivo sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti pubblici di servizi e forniture con due documenti: la determinazione 7/2011 e il quaderno di dicembre 2011 dove si affrontano in maniera dettagliata i criteri di selezione e valutazione delle offerte. Diverse questioni applicative, legate soprattutto alla necessità di coniugare l'imparzialità e l'oggettività del giudizio, da parte della commissione giudicatrice, con il rispetto della discrezionalità delle scelte della amministrazione, garantendo la concorrenza, hanno spinto l'Avcp a ritornare sull'argomento per dare una risposta in termini più ampi rispetto ai singoli pareri.

OGGETTO: Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture

di Davide Ponte

L'Autorità di settore torna a occuparsi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, con cadenza regolare, ha già interessato negli ultimi anni alcune precedenti determinazioni (n. 5 del 2008, n. 4 del 2009 e n. 5 del 2010).

Rispetto alle precedenti occasioni, in cui l'intervento dell'Avcp ha avuto a oggetto ambiti settoriali, come ad esempio in tema di utilizzo del criterio in questione nella finanza di progetto e nei servizi di ingegneria e architettura, con la determinazione n. 7 del 2011 l'Autorità affronta la più ampia questione dell'individuazione, definizione e applicazione dei criteri e sub criteri di valutazione, utilizzabili nell'ambito delle generali categorie dei servizi e delle forniture.

Ciò, se per un verso evidenzia ormai la piena maturazione del criterio, nato come ipotesi tecnica e peculiare, per un altro

verso rende evidente come la rapidità della crescita si sia accompagnata a volte a un utilizzo distorto o quantomeno poco chiaro dello stesso.

Pur se in tema di servizi e forniture la piena alternatività del criterio in esame rispetto al prezzo più basso è da tempo imposta dal diritto europeo, le peculiarità dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'ampliamento degli spazi di discrezionalità per le stazioni appaltanti ha posto nuove questioni, cui l'Autorità di settore cerca di dare una pronta risposta in termini più ampi rispetto ai singoli pareri. Per quanto concerne le peculiarità, è noto come il criterio in esame costituisca ipotesi «naturale» in tutti i casi in cui, a cagione della complessità dell'affidamento o del carattere non meramente ripetitivo delle prestazioni da eseguire, sia necessario o comunque opportuno stimolare l'apporto ideativo del concorrente-impresa del setto-

Con la determinazione e il quaderno di approfondimento, l'Autorità ha prodotto un complesso quadro di spiegazioni sulle modalità di impostazione dei sistemi di analisi delle proposte dei concorrenti e sulle metodologie di attribuzione dei punteggi

Scarica il testo della determinazione 7/2011 e del Quaderno AVCP del dicembre 2011 all'indirizzo:
www.entilocali.ilsole24ore.com

I contenuti delle linee guida

Modalità di scelta da parte delle stazioni appaltanti del corretto criterio di aggiudicazione da utilizzare in relazione alle peculiarità dell'oggetto del contratto

Indicazioni che occorre inserire nei documenti di gara, quali i criteri, i sub-criteri e relativa ponderazione, e i criteri motivazionali

Metodi di valutazione delle offerte e di formazione della graduatoria delle offerte

Principio della riparametrizzazione per i criteri qualitativi e quantitativi

Utilizzo della soglia sia per i criteri qualitativi che per quelli quantitativi

Formule per i criteri quantitativi e in particolare per l'aspetto economico (ribasso o prezzo)

re nonché valorizzare l'incidenza di elementi e sub criteri valutativi diversi dal prezzo, di tipo tecnico-qualitativo e non solo economico.

Per quanto concerne gli spazi di discrezionalità, sia l'articolo 81 del codice (Dlgs 12 aprile 2006 n. 163) relativamente alla decisione del criterio per la scelta migliore, sia l'articolo 83 del codice in ordine ai criteri di valutazione dell'offerta, attribuiscono alla stazione appaltante una serie di opzioni; sotto entrambi i profili l'Autorità di settore cerca di dare elementi di ausilio. In proposito, mentre sulla scelta del criterio di aggiudicazione la determinazione in esame aggiorna la precedente n. 5 del 2008 alla luce di ulteriori elementi emersi anche a livello giurisprudenziale e di precontenzioso, in ordine all'individuazione dei criteri di valutazione la determinazione 7/2011 svolge un innovativo approfondimento di particolare utilità e rilievo.

LA SCELTA DEL CRITERIO

In generale, è ormai noto che, nell'ambito della propria attività, l'Autorità riesce a combinare l'analisi teorica e giuridica, sia diretta (precontenzioso) che indiretta tramite lo studio dell'applicazione giurisprudenziale, con le questioni di rilievo preminentemente pratico, grazie al costante dialogo con gli operatori e le stazioni appaltanti, confermate dallo svolgimento di una moderna attività di consultazione.

In quest'ottica si pone il tagliando che viene svolto relativamente alla preliminare questione in tema di offerta economicamente più vantaggiosa: quando scegliere tale criterio. Sul punto la stessa Autorità ha più volte ricordato come sia il codice che la giurisprudenza lascino ampi margini di discrezionalità alla stazione appaltante.

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. Se tale scelta, per la natura discrezionale che la connota, va motivata, il carattere tecnico ne consente approfondimenti adeguati alla singola questione: a titolo esemplificativo la stessa Autorità ha avuto modo di ritenere che, nel caso di affidamento della fornitura di vaccini di recente immissione in commercio, sia preferibile utilizzare il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto permetterebbe di valutare più approfonditamente il livello della prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, nonché di misurare il rapporto qualità-prezzo.

Nel dettaglio poi, sempre come esempio, venivano indicati quali possibili elementi di valutazione, «la reattività dei vaccini con altri tipi di ceppi virali, l'eventuale protezione di altri ceppi virali, la tollerabilità di ciascun vaccino, la dimostrazione dell'efficacia clinica, la durata dell'efficacia di ciascun vaccino, i giorni di consegna del prodotto ecc. A detti elementi di valutazione devono essere attribuiti dei parametri di ponderazione che, in ogni caso, devono poter essere misurabili sul piano scientifico/quantitativo».

Con la nuova determinazione, dopo aver richiamato i criteri generali da porre a fondamento della scelta (caratteristiche dell'oggetto del contratto e valutazione

delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, nonché partecipazione dell'appaltatore al processo ideativo del servizio e della fornitura), l'Autorità approfondisce l'analisi elencando una serie di ambiti in cui a monte è preferibile il ricorso al criterio in esame. Al riguardo, vengono richiamati una serie di settori in cui il criterio appare in astratto preferibile: appalti di servizi di ingegneria e architettura, servizi socio-sanitari ed educativi, servizi sociali e servizi di tipo tecnologico.

In termini critici va chiarito un punto, presumibilmente reputato implicito dalla determinazione: l'apporto ideativo deve riguardare solo la concretizzazione del servizio o della fornitura già individuata dalla stazione appaltante (e non la fase ancora a monte, come certi oggetti eccessivamente fantasiosi fanno sospettare); inoltre, le evidenti maggiori difficoltà anche pratiche (ad esempio per la mancanza di adeguate professionalità) derivanti dal ricorso a un criterio meno automatico del solo prezzo, possono scontrarsi con le risorse e le dimensioni dei singoli ambiti.

Anche a quest'ultimo proposito potrebbe costituire un passaggio tale da infondere timore nelle stazioni appaltanti quello in cui l'Autorità evidenzia la sindacabilità della scelta; peraltro sul punto è opportuno il richiamo a specifiche pronunce giurisprudenziali, in grado di evidenziare come gli ambiti di contestazione giudiziaria siano comunque limitati a fronte di evidenti illogicità, in particolare rispetto alla scelta della legge di gara del prezzo più basso accompagnata però dal contemporaneo rilievo ad aspetti qualitativi e tecnici di rilievo dell'offerta.

I CRITERI DI VALUTAZIONE

Di particolare rilievo, anche innovativo, è la complessa parte dedicata all'individuazione dei criteri di valutazione dell'offerta, definiti in via generali dall'articolo 83 del codice quali pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto.

La determinazione parte dal riassunto del dato normativo, sia codicistico che regolamentare, sulla scorta del quale poi vengono definite le variabili che la stazione appaltante deve tenere presente nel precisare il criterio prescelto e i relativi sub criteri di valutazione. Tali variabili sono così riassunte: il progetto di servizi, il livello

di utilità connesso a ciascun profilo dell'offerta, il possibile numero dei concorrenti, il necessario collegamento sin dall'origine con la progettazione posta a base di gara.

Quindi si passa alla definizione degli elementi individuati dall'articolo 83, commi 2 e 4 del codice: i criteri di valutazione, quali componenti dell'offerta che possono assumere i connotati di elemento qualitativo - soggetto a valutazione discrezionale - ovvero quantitativo, come prezzo e tempo, soggetto a calcolo numerico; i pesi, detti anche fattori di ponderazione, cioè i dati numerici che esprimono la rilevanza del singolo criterio (e che ai sensi degli articoli 120 e 283 del regolamento di cui al Dpr 207/2010 devono essere globalmente pari a 100); i coefficienti o valori di giudizio, cioè i voti in concreto assegnati dai commissari; i punteggi, cioè il risultato finale derivante dal numero dei punti sul totale attribuito a ogni offerta.

Nel dettaglio la determinazione prosegue ad approfondire tali elementi. Con particolare riferimento ai criteri di valutazione, particolare risalto viene dato ad alcune regole generali e di assestamento del sistema anche alle sempre prevalenti indicazioni comunitarie. In proposito, si segnala l'impossibilità di eliminare, pur a fronte della natura esemplificativa dell'elenco di cui all'articolo 83 del codice, l'elemento prezzo, ciò sulla scorta di un'attenta lettura dei considerando della direttiva 2004/18.

Inoltre, dopo aver ribadito che i criteri devono essere menzionati *ex ante* nel bando e negli atti di gara, con ciò fornendo elementi interpretativi in ordine all'eliminazione dell'ultimo inciso di cui all'articolo 83, comma 4 del codice in ordine ai poteri aggiuntivi della commissione (secondo la giurisprudenza comunitaria, cfr. ad es. Corte di giustizia, sezione II, 24 novembre 2005, C-331/04, la commissione di gara può integrare e specificare i criteri di bando, con il solo limite di non poter introdurre nuovi criteri di qualificazione, né modificare i limiti di punteggio massimo e minimo stabiliti nel bando), la determinazione sottolinea, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, la necessità del collegamento con l'oggetto dell'appalto. A quest'ultimo proposito l'Autorità sembrerebbe chiudere definitivamente ad alcune aperture che in sede di preconten-

Sono due le fasi individuate per la procedura: nella prima si ha la trasformazione dei valori in coefficienti e nella seconda viene formata la graduatoria applicando il metodo aggregativo compensatorio o altri sistemi scientifici

Gli elementi della valutazione

I criteri di valutazione sono le componenti dell'offerta di cui la stazione appaltante tiene conto per la propria valutazione; sono variabili in relazione al tipo di appalto e alla natura dell'intervento (prezzo, tempo, qualità, modalità di consegna)	I criteri sono suddivisibili in due tipologie: di natura qualitativa - e, quindi, soggetti a valutazione discrezionale da parte della commissione di gara - o di natura quantitativa (il prezzo o il tempo) e, dunque soggetti a calcolo numerico
I pesi o fattori di ponderazione sono i dati numerici che esprimono l'importanza che la stazione appaltante attribuisce a quel criterio di valutazione	I pesi devono essere finalizzati a garantire un corretto rapporto qualità/prezzo. Il Regolamento prevede che "pesi" o "punteggi" da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in "sub-pesi" o "sub-punteggi", devono essere globalmente pari a 100
I coefficienti e valori di giudizio sono i voti assegnati	È la valutazione in concreto data dai commissari a ciascuna offerta per ciascun elemento/criterio o sub-elemento/sub-criterio di valutazione secondo la metodologia prescelta nei documenti di gara
I punteggi sono il risultato finale	Il numero di punti sul totale a disposizione della commissione che, qualora si impieghi il metodo aggregativo compensatore, viene attribuito a ogni offerta e sulla base dei quali viene redatta la graduatoria finale

zioso parevano emergere laddove si reputava che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente potesse conoscere un'applicazione per così dire "attenuata" nel settore dei servizi, in quanto si riteneva che qualora l'offerta tecnica non consista in un progetto o in un prodotto, ma si sostanzialmente in un'attività, un fare, la stessa ben potrà essere valutata anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità così come emergente dai curricula professionali.

Ora, la determinazione in commento, oltre a richiamare le indicazioni sovranazionali, ne dà elementi di concreta attuazione anche attraverso un'elencazione di elementi *latu sensu* soggettivi, inutilizzabili quali criteri di valutazione: garanzie definitive ex articolo 113 del codice, certificazioni di qualità aziendale, esperienza professionale acquisita, fatturato globale o specifico, referenze per analoghi servizi ecc. Tale doppia indicazione pare fondarsi sulla riconosciuta natura di principio generale regolatore delle pubbliche gare del divieto di commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, canone operativo, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamen-

te al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo.

Pertanto, tale indicazione risulta poi contraddetta dal lungo excursus svolto al punto 4.4. della determinazione, in cui sulla scorta di alcuni richiamati precedenti giurisprudenziali si riapre la strada alla possibilità di prevedere elementi di natura soggettiva, peraltro in termini ancor più ampi rispetto alle circoscritte aperture già riconosciute in sede di precontenzioso. Invero, rispetto al richiamo di massime giurisprudenziali scollegate dal riferimento alle specifiche fattispecie concrete, il rischio di incertezza derivante da questo lungo inciso può superarsi valorizzando il richiamo a un precedente interno dell'Autorità, che chiude il predetto paragrafo 4.4.: il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta costituisce un sicuro principio di derivazione nazionale e comunitaria con la sola eccezione del caso - che non ricorre nella fattispecie in esame - in cui gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse, per il loro stretto collegamento con lo specifico oggetto dell'appalto, non vengano considerati in quanto tali, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

Rispetto alle indicazioni generali e al richiamo di precedenti giurisprudenziali, di ben maggiore utilità appare la parte finale della determinazione, con cui vengono fornite dettagliate indicazioni in ordine alle formule da utilizzare ai fini di attribuzione di punteggi, in specie fornendo fondamentali elementi interpretativi di quanto aggiunto dal regolamento in sede di attuazione dell'articolo 83 del codice.

La particolare utilità emerge soprattutto alla luce sia dello svolgimento di esemplificazioni pratiche, sia dell'aggiunta di tabelle riepilogative, le quali non potranno che costituire fonte primaria per gli operatori, nell'auspicio che da possibile fonte di contenzioso si trasformi finalmente in predeterminazione di regole accettate. D'altronde è anche in questo che consiste la fondamentale funzione svolta, nel moderno ordinamento giuridico, da un'Autorità indipendente chiamata a regolare un settore nevralgico per lo sviluppo del Paese.