

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

DETERMINAZIONE 24 novembre 2011

Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture. (Determinazione n. 7) (11A16092)

Sommario

1. Obiettivo e contenuti delle linee guida
2. Come scegliere il criterio di aggiudicazione
3. Aspetti generali dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa
4. La individuazione dei criteri e sub criteri di valutazione e della relativa ponderazione
 - 4.1 Criteri, sub criteri, pesi, punteggi, sub pesi e sub punteggi
 - 4.2 La definizione dei criteri
 - 4.3 L'importanza di una corretta ponderazione
 - 4.4 Possibilita' di prevedere elementi di natura "soggettiva"
 - 4.5 Esigenze sociali ed ambientali
 - 4.6 I criteri motivazionali
 - 4.7 La fissazione della soglia
5. Come individuare la migliore offerta
 - 5.1 La prima fase delle metodologie
 - 5.1.1 Prima fase - aspetti qualitativi
 - 5.1.2 Prima fase: aspetti quantitativi
 - 5.2 La cd. "riparametrazione"
 - 5.3 La seconda fase: la formazione della graduatoria
 - 5.3.1 Il metodo aggregativo compensatore
 - 5.3.2 Il metodo electre
 - 5.3.3 Il punteggio assoluto

1. Obiettivo e contenuti delle linee guida

L'Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, nell'imminenza dell'entrata in vigore (8 giugno 2011) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, d'ora innanzi "Regolamento", ha effettuato un'audizione con gli operatori del mercato e le amministrazioni coinvolte nell'affidamento dei contratti pubblici, preceduta da una consultazione on line, sulle varie questioni concernenti l'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa negli appalti pubblici di servizi e forniture, sottoposte dagli operatori all'attenzione della stessa Autorita', per valutare l'utilita' e l'impatto di un atto a carattere generale sulla materia. Gli atti e le osservazioni sono consultabili all'indirizzo:

<http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/ConsultazioniOnline>

Sulla base di quanto emerso nella procedura di consultazione, l'Autorita' ha constatato che l'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa negli appalti pubblici di servizi e forniture evidenzia diverse questioni applicative, legate soprattutto alla necessita' di coniugare l'imparzialita' e l'oggettivita' del giudizio sulle offerte, da parte della commissione giudicatrice, con il rispetto della discrezionalita' delle scelte della amministrazione, garantendo la concorrenza. L'utilizzo dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa come criterio di selezione, infatti, non garantisce di per se' che l'offerta selezionata sia la migliore. Un impiego corretto di tale criterio comporta che la stazione appaltante operi ex ante, in

relazione all'oggetto del contratto, alcune scelte in merito agli aspetti su cui e' fondata l'individuazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, cosi' da costruire in modo efficace e consapevole i criteri di valutazione ed i sub-criteri, nonche' la relativa ponderazione e da scegliere il metodo di determinazione della graduatoria delle offerte. Da qui, l'importanza per il mercato, emersa nell'ambito della consultazione sia dal lato pubblico che dal lato degli operatori economici, di avere a disposizione linee guida metodologiche-operative che contengano indicazioni concrete per la gestione della gara con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa.

La presente determinazione ha l'obiettivo di delineare gli aspetti piu' rilevanti da un punto di vista giuridico e tecnico, assumendo come punto di osservazione il ruolo che ha la stazione appaltante e, quindi, il percorso che questa deve seguire nel caso in cui, in funzione degli elementi oggettivi del contratto e delle garanzie di concorrenza effettiva, opti per l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa ¹.

¹ L'Autorita' ha gia' affrontato, nel recente passato, alcune delle principali problematiche sorte con riguardo all'applicazione pratica del criterio in parola. Si rammentano, in particolare, le piu' recenti determinazioni adottate sul punto (n. 5/2008, n. 4/2009 e n. 5/2010), nonche' l'adozione di svariati pareri di precontenzioso e deliberazioni. Con la determinazione n. 5/2008, e' stata, in particolare, affrontata la tematica delle condizioni legittimanti la scelta del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa rispetto al criterio del prezzo piu' basso, al fine di evitare che un eventuale utilizzo distorto del criterio, da parte delle stazioni appaltanti, determini l'esercizio di una discrezionalità svincolata da qualsiasi criterio oggettivo e, quindi, suscettibile di tradursi in una violazione dei principi di parità di trattamento degli operatori economici e di correttezza dell'azione amministrativa.

Con la determinazione n. 4/2009, sono state approvate le linee guida per l'utilizzo del criterio in esame nell'ambito delle procedure di finanza di progetto. In tale occasione, l'AVCP ha inteso fornire ulteriori chiarimenti sull'applicazione di questo complesso criterio, sia per quanto concerne la scelta dei criteri e sub-criteri di selezione e la loro relativa ponderazione sia per quanto riguarda le modalità di applicazione dei c.d. "metodi multicriteri", previsti dalla normativa per rendere aggregabili valutazioni espresse secondo unità di misura diverse, altrimenti difficilmente confrontabili.

Con la determinazione n. 5/2010 sono state fornite linee guida per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura, sulla base del presupposto che tale criterio appare il piu' indicato per la valutazione delle offerte in relazione alla specificità ed alla complessità dei servizi in questione, la cui natura richiede, spesso, la valutazione di aspetti qualitativi ed innovativi.

In particolare, la determinazione affronta, con specifica attenzione ai servizi ed alle forniture, i seguenti profili:

- le modalità di scelta da parte delle stazioni appaltanti del corretto criterio di aggiudicazione da utilizzare in relazione alle peculiarità dell'oggetto del contratto;
- le indicazioni che occorre inserire nei documenti di gara, quali i criteri, i sub-criteri e relativa ponderazione, ed i criteri motivazionali;
- i metodi di valutazione delle offerte e di formazione della graduatoria delle offerte;

- il principio della riparametrazione per i criteri qualitativi e quantitativi;
- l'utilizzo della soglia sia per i criteri qualitativi che per quelli quantitativi;
- le formule per i criteri quantitativi ed in particolare per l'aspetto economico (ribasso o prezzo).

1. Come scegliere il criterio di aggiudicazione

L'articolo 81, al comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, d'ora innanzi "Codice", rubricato "criteri per la scelta dell'offerta migliore", dispone che "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'uso della congiunzione disgiuntiva "o" indica, chiaramente, che esiste una sostanziale equivalenza tra i due sistemi, tra i quali l'amministrazione può, quindi, scegliere liberamente.

Pertanto, posta l'assenza di un indirizzo preferenziale previsto dal legislatore a favore dell'uno o dell'altro criterio e considerata la discrezionalità nella relativa valutazione di cui gode la stazione appaltante, la stessa, all'atto di decidere quale criterio utilizzare, dovrà, tuttavia, fondare la propria scelta sulla base di due presupposti.

Il primo è previsto al comma 2 dell'art. 81 del Codice, il quale letteralmente dispone: "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". Dunque, le stazioni appaltanti sono vincolate a scegliere il criterio di aggiudicazione, in relazione a fattori oggettivamente riconducibili alle caratteristiche specifiche del contratto e delle relative prestazioni. Tale scelta dovrà essere motivata in funzione degli elementi oggettivi del contratto e congruente con le sue caratteristiche oggettive. In secondo luogo, la finalità cui deve tendere la stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione è descritta nel considerando 2 della direttiva n. 2004/18/CE, dove viene chiaramente evidenziato che "l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata, 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". Secondo l'interpretazione fornita dal giudice di Lussemburgo, per "sviluppo di una concorrenza effettiva", deve intendersi una modalità di attribuzione degli appalti tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più conveniente in base a criteri obiettivi ²

² Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. pag. I5697, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 89).

Caratteristiche dell'oggetto del contratto e valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza sono, dunque, i punti di riferimento, nonché i vincoli alla discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione, cui le stazioni appaltanti devono soggiacere e che devono tenere presenti nella preparazione delle strategie di gara e nelle finalità da raggiungere con le procedure

espletate.

In generale, si puo' affermare che, nel caso in cui e' ritenuto possibile ed opportuno che l'appaltatore partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, e' necessario utilizzare il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa che consente di valutare l'apporto qualitativo del concorrente.

Per tali motivi, l'Autorita' ha espresso l'avviso che, ad esempio, nell'ambito degli appalti di servizi di ingegneria ed architettura, sia preferibile adottare il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, in ossequio alla specificita' ed alla complessita' dei servizi in questione; questo modello selettivo consente, infatti, di valorizzare le capacita' innovative del mondo professionale, volte ad aumentare il valore complessivo del servizio offerto. Tale indicazione e' stata confermata dal Regolamento.

La medesima indicazione riguarda gli appalti relativi ai servizi socio - sanitari ed educativi e, piu' in generale, ai servizi sociali. In tali settori, occorre garantire la piena espressione della progettualita' degli operatori economici e del terzo settore, tenendo conto della qualita' e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale³.

³ Si veda l'art. 5 (Ruolo del terzo settore) della l. 8 novembre 2000, n. 328 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

Una valutazione analoga vale, in generale, in relazione a servizi di tipo tecnologico, la cui specificita' e complessita' richiede, di norma, la valutazione di aspetti qualitativi ed innovativi. Con riguardo alle forniture, qualora i prodotti, pur essendo simili o analoghi nelle prestazioni, presentano, comunque, caratteristiche tecnologiche non direttamente comparabili tra di loro e, pertanto, non sono tra loro direttamente confrontabili solo sul piano economico, occorre utilizzare il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa al fine di favorire una concorrenza effettiva⁴.

⁴ Per un esempio, si veda il parere di precontenzioso n. 78/2008 dell'AVCP.

In tali casi dovra' essere posta particolare attenzione nella predisposizione dei criteri di valutazione, al fine di non creare regole preferenziali che preconstituiscano l'aggiudicazione a favore di un determinato concorrente.

In sostanza, quindi, soltanto se la stazione appaltante ha ben individuato l'oggetto della gara in modo tale da non lasciare nell'offerta margini di definizione alle imprese concorrenti e, quindi, nel caso in cui si tratti di servizi ripetitivi e non complessi, il criterio del prezzo piu' basso puo' essere utilizzato e ritenuto logico ed appropriato.

Anche la giurisprudenza piu' recente si e' espressa nel senso che la scelta tra i criteri, che sono astrattamente equiordinati, deve orientarsi tenendo presente l'unicita' e l'automatismo del criterio del prezzo piu' basso e la pluralita' e variabilita' dei criteri dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, quali il prezzo, la qualita', il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc.⁵.

⁵ Cfr. tra altre, sentenza del Consiglio di Stato n. 8408 del 3 dicembre 2010. Inoltre, T.A.R. Piemonte, sezione seconda, 4 gennaio 2011, n. 1, ha affermato che e' illogico aggiudicare una gara di appalto con il criterio del prezzo piu' basso se la stazione appaltante ha deciso di attribuire rilievo agli aspetti qualitativi

dell'offerta. In particolare, il collegio piemontese afferma che la volontà del legislatore è chiara: "Esistendo una perfetta e sostanziale equivalenza tra i due sistemi, la scelta dell'uno o dell'altro criterio è rimessa alla libera determinazione dell'amministrazione". Questa libertà trova, però, un limite nella congruenza e logicità della scelta rispetto alle prestazioni da valutare; pertanto, la scelta del criterio di aggiudicazione va fatta con riguardo a "quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto". Tutto ciò con il duplice fine, da un lato, di "selezionare la migliore offerta" e, dall'altro, di garantire la qualità delle prestazioni ed il rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità. Venendo a casi concreti, il T.A.R. specifica che il massimo ribasso, "in quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo" e sembra essere "adeguato allo scopo e conforme alle previsioni di cui agli artt. 81 e 82 del D.Lgs. n. 163/2006 laddove non vi siano dubbi sulle caratteristiche qualitative del bene posto a gara": in questi casi, infatti, se l'oggetto dell'appalto è ben individuato, si evitano fenomeni distorsivi della concorrenza. Viceversa, risulta, per il T.A.R., "illogica la scelta del criterio del prezzo più basso quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero, al loro livello quantitativo e qualitativo". In questi casi appare, quindi, corretto utilizzare l'altro criterio (offerta economicamente più vantaggiosa) dal momento che "la pluralità di elementi presi in considerazione dalla lex specialis si pone in contrasto con la caratteristica unicità del criterio del prezzo più basso".

Pertanto, è da considerare manifestamente illogica la scelta del criterio del prezzo più basso quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero, al livello quantitativo e qualitativo dei servizi di formazione del personale e di manutenzione delle apparecchiature. In questi casi, la pluralità di elementi presi in considerazione dalla lex specialis si pone in contrasto con la caratteristica unicità del criterio del prezzo più basso, comportando la violazione degli articoli 81 e 82 del Codice.

Un altro elemento da tenere presente è costituito dal fatto che il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in luogo del prezzo più basso) può rappresentare uno strumento utile, in coerenza con l'oggetto dell'appalto e nel rispetto di inderogabili principi di par condicio e trasparenza, per dare rilievo ad elementi di ordine ambientale e sociale. Si pensi, in particolare, al Green Public Procurement⁶, perseguito a livello nazionale e comunitario, come strumento non solo di tutela ambientale, ma anche come modalità economica di risparmio (energetico, idrico, nella produzione di rifiuti, ecc.)⁷.

⁶ Si veda il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nella pubblica amministrazione (PAN GPP) concordato tra Ministero dell'Ambiente, Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Ministero dello Sviluppo Economico, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 107 dell'8 maggio 2008, che indica le 11 categorie merceologiche rientranti nei settori prioritari di intervento per il GPP. Sul sito dell'Autorità è stata attivata la raccolta dei dati relativi all'utilizzo dei criteri ambientali nelle procedure di appalto.

⁷ Si veda, da ultimo, il decreto Ministero dell'ambiente e

tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011 (G.U. 21 settembre 2011, n. 220).

Al riguardo, il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, anche negli appalti di forniture, consente di dare peculiare rilievo a specifici profili di sostenibilita' ambientale.

Gli aspetti ambientali possono essere combinati con gli aspetti sociali, in un approccio integrato verso la sostenibilita' negli appalti pubblici. Alcuni esempi ed indicazioni sulla possibilita' di realizzare appalti pubblici socialmente responsabili sono reperibili nella "Guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", recentemente pubblicata dalla Commissione UE⁸.

⁸ Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici, in [http : //e c. europ a. eu/so cial/main](http://ec.europa.eu/social/main).

2. Aspetti generali dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa

Il Codice precisa (art. 83, comma 1) che il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa fonda l'aggiudicazione dei contratti pubblici non tanto su una valutazione meramente economica, quanto su una complessa integrazione tra il dato economico e quello tecnico e qualitativo; integrazione che avviene applicando criteri di valutazione quantitativi (prezzo, tempo di esecuzione, durata della concessione, ecc.) o qualitativi (caratteristiche estetiche e funzionali, qualita', pregio tecnico, ecc.) inerenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto. Si tratta, quindi, di un criterio complesso, che comporta la capacita' della stazione appaltante sia di definire, a monte, elementi di valutazione che riflettano correttamente le esigenze qualitative ed economiche della amministrazione stessa sia di utilizzare metodi o formule per la determinazione della graduatoria delle offerte che non distorcano i risultati, cioe' non siano tali da rendere eccessivamente ininfluenti o, viceversa del tutto decisivi, alternativamente gli aspetti economici o quelli tecnici.

L'art. 83, comma 5, del Codice stabilisce che le stazioni appaltanti debbano utilizzare metodologie tali da consentire l'individuazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa con un unico parametro numerico finale. Ed in effetti, l'individuazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa e' fondata sulla valutazione integrata di una pluralita' di criteri di valutazione: cio' implica la necessita' di risolvere i problemi di comparabilita' tra gli stessi criteri a causa della loro diversa natura, quantitativa o qualitativa, e delle diverse unita' di misura in cui essi si esprimono. Lo stesso art. 83, al comma 5, dispone, inoltre, che tali metodologie sono stabilite dal Regolamento.

Quest'ultimo ha apportato, sul punto, rilevanti innovazioni rispetto al precedente d.P.R. n. 554/1999, prevedendo, all'allegato "P" - richiamato in via generale dall'articolo 283 "Selezione delle offerte" e, in particolare, dall'articolo 286 "Servizi di pulizia" del Regolamento - le modalita' ed i criteri di calcolo dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa per gli appalti di servizi e forniture, e, all'allegato "M", le modalita' per determinare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa per i servizi di ingegneria. Il Regolamento, sempre innovando rispetto al passato, ha introdotto specifiche disposizioni di applicazione generale circa la procedura che deve seguire la stazione appaltante per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa di contratti di forniture e di servizi. All'articolo 283, il Regolamento dispone che, in caso di aggiudicazione di servizi e forniture con il criterio dell'offerta economicamente piu'

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 o nella lettera di invito, devono essere globalmente pari a cento. Il medesimo articolo stabilisce, inoltre, che la commissione giudicatrice, costituita ai sensi dell'articolo 84 del Codice, valuta le offerte tecniche, procede alla assegnazione dei relativi punteggi (applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato "P"), da' lettura, in seduta pubblica, dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, da' lettura delle offerte quantitative (ribassi, prezzi, riduzione. ecc. ecc.) espresse in lettere e valuta, infine, se sussistono i presupposti per la valutazione dell'anomalia delle offerte.

La stazione appaltante, per poter utilizzare il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa in modo corretto ed efficace, deve considerare una serie di variabili, mettendo in atto una vera e propria strategia di gara. Dal progetto di servizi deve trarre i criteri di valutazione e decidere l'importanza relativa di ciascuno di essi, cercando di delineare i possibili scenari, alla luce dei diversi obiettivi da perseguire; e cio' anche in relazione ad obiettivi piu' ampi, quali quelli ambientali e sociali (si veda l'articolo 2 del Codice). In relazione alla risposta attesa del mercato ed alla tipologia di servizi o di forniture, la stazione appaltante deve individuare nel bando di gara i criteri, i sub-criteri di valutazione ed i relativi pesi, nonche' i metodi di formazione della graduatoria.

Come si vedra' meglio oltre, riveste importanza fondamentale l'operazione di definizione dei pesi ponderali da assegnare a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione, cioe' del livello di utilita' per la stazione appaltante, connessa a ciascun profilo in cui si scompone l'offerta. Una errata ponderazione puo', infatti, portare, a parita' di offerte, a risultati erronei o diversi da quelli desiderati dalla stazione appaltante.

Una ulteriore variabile da considerare riguarda, inoltre, il possibile numero dei concorrenti. E' evidente che, in presenza di un gran numero di offerte, la gestione della gara con l'offerta economicamente piu' vantaggiosa diventa molto complessa. Un aiuto e' arrivato dal c.d. "d.l. sviluppo" (d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, 106) che ha reintrodotta, solo per i servizi e per le forniture, la possibilita' di prevedere, in caso di procedura ristretta, la cosiddetta forcilla (art. 62, comma 1, del Codice). In tal modo, la stazione appaltante, sulla base di criteri obiettivi e non discriminatori, puo' ridurre il numero di candidati da invitare alla gara vera e propria. Una metodologia di selezione dei candidati da invitare e' prevista, ad esempio, per i servizi di ingegneria ed architettura nel nell'allegato "L" del Regolamento, recante "Criteri per l'attribuzione di punteggi per la scelta dei soggetti da invitare a presentare offerte".

Occorre, infine, porre attenzione alla circostanza che la fase di gara deve essere strettamente correlata a quella di progettazione ed a quella di esecuzione. I criteri ed i sub-criteri di valutazione ed i loro pesi e sub-pesi devono essere individuati sinergicamente dal responsabile del procedimento e dal progettista del contratto, chiamato, quest'ultimo, a corredare gli elaborati, a base dell'affidamento, da un capitolato speciale descrittivo e prestazionale. L'anello di congiunzione tra progettazione a monte, offerta in sede di gara ed esecuzione della prestazione e' costituito dal contratto che deve contenere tutti gli elementi e gli strumenti atti a verificare il rispetto degli impegni assunti in sede di offerta. La debolezza dei contratti - in termini di mancanza di

chiarezza ovvero di completezza nell'articolato - concorrono ad aumentare i rischi di inefficacia e/o inefficienza dell'appalto, nonché a compromettere la qualità delle prestazioni che rappresenta uno dei principi fondamentali della normativa sui contratti pubblici (art. 2 comma 1, del Codice). In tal senso appare evidente la profonda correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva e le carenze riconducibili ad una incompleta predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, lettera di invito, contratto, capitolato speciale ecc.). In sostanza, non è sufficiente l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed un peso congruo all'offerta tecnica a garantire la qualità della performance dell'appaltatore, se questo sistema non è accompagnato da un'adeguata progettazione dei servizi/forniture, ai fini dell'indizione della gara. Ciò postula la necessità di redigere uno schema di contratto, nel quale devono essere presenti gli strumenti necessari a garantire il controllo del livello qualitativo della prestazione resa (KPI, SLA), una stima analitica dei servizi (sul punto, si veda anche la determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 e, in particolare, la parte D) ed una sorta di cronoprogramma che faciliterebbe il controllo delle prestazioni in fase esecutiva. In mancanza di una definizione ex ante di tali aspetti, gli elementi di valutazione ed i relativi pesi non possono essere individuati in modo efficace.

3. La individuazione dei criteri e sub criteri di valutazione e della relativa ponderazione

Una volta individuato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio più adatto per l'aggiudicazione della gara sulla base dei presupposti in precedenza indicati, la prima operazione da compiere consiste nella definizione, nei documenti di gara e sulla base del capitolato e del progetto di servizi, dei criteri di valutazione dell'offerta - pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto - e nella definizione dei relativi pesi.

3.1 Criteri, sub criteri, pesi, punteggi, sub pesi e sub punteggi

Il Codice prevede, all'art. 83, comma 2, che "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". L'art. 83, comma 4, dispone, poi, che - qualora sia necessario, al fine di determinare in modo corretto il coefficiente da applicare al peso o punteggio massimo di un determinato criterio di valutazione, procedere tramite valutazioni di aspetti di dettaglio che caratterizzano quel criterio di valutazione - si possono/devono stabilire sub-criteri e sub-pesi. In sostanza, si deve disaggregare il criterio nei suoi più essenziali aspetti. È, però, evidente che deve restare ferma l'importanza che la stazione appaltante intende complessivamente attribuire a quel criterio, rispetto agli altri criteri previsti nel bando. Deve, quindi, restare fermo il peso o punteggio massimo attribuito a quel dato criterio. La norma indica, chiaramente, che i sub criteri e i sub pesi costituiscono soltanto uno strumento operativo per esprimere correttamente la valutazione dell'offerta nei riguardi del criterio in esame. In sintesi, cosa si intende per criteri di valutazione e per pesi e punteggi?

- 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 ed alla natura dell'intervento. Ad esempio, il prezzo, il tempo, la qualita', le modalita' di consegna, ecc. I criteri sono suddivisibili in due tipologie: di natura qualitativa - e, quindi, soggetti a valutazione discrezionale da parte della commissione di gara - ovvero di natura quantitativa (ad esempio il prezzo o il tempo) e, dunque soggetti a calcolo numerico. E' importante tenere presente questa distinzione poiche' essa incide sulle modalita' di determinazione dei coefficienti variabile tra zero ed uno e, nel caso di applicazione del metodo aggregativo compensatore, di attribuzione dei punteggi nonche' in aderenza ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la diversa natura dei criteri essere conosciuta e tenuta ferma, da parte della commissione di gara, nelle diverse fasi della procedura;

- 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 qualita'/prezzo. Il Regolamento prevede, agli articoli 120, comma 1, e 283, comma 1, che "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.

- I coefficienti o valori di giudizio sono i voti assegnati in concreto dai commissari a ciascuna offerta per ciascun elemento/criterio o sub elemento/sub criterio di valutazione secondo la metodologia prescelta nei documenti di gara e che sara' illustrata oltre.

- I punteggi sono il risultato finale, ovvero il numero di punti sul totale a disposizione della commissione che, qualora si impieghi il metodo aggregativo compensatore, viene attribuito ad ogni offerta e sulla base dei quali viene redatta la graduatoria finale.

3.2 La definizione dei criteri

Ritenuto adeguato, in relazione alle caratteristiche dell'appalto, il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa nel rispetto dei principi di logicita' e ragionevolezza, occorre individuare i criteri di valutazione a ciascuno dei quali va attribuito un peso. In merito, l'articolo 67 del Codice stabilisce che, in caso di offerta economicamente piu' vantaggiosa, la ponderazione relativa dei criteri oppure l'ordine decrescente di importanza, se non figurano gia' nel bando di gara, devono essere contenuti nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo. La previsione evidenzia il carattere necessariamente oggettivo dei criteri, direttamente correlati alla prestazione contrattuale. Deve, inoltre, manifestarsi una congruita' rispetto ai generali criteri di ragionevolezza e non discriminazione.

La determinazione dei criteri valutazione e la ponderazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, sono rimesse alla valutazione discrezionale della stazione appaltante e devono essere effettuate tenendo conto della distinzione tra criteri di valutazione e parametri di ponderazione, come evidenziata nel paragrafo precedente. I primi (merito tecnico, caratteristiche qualitative, prezzo, tempo, etc.) sono, infatti, criteri variabili secondo il contratto, che solo in seguito si trasfondono in punteggi numerici, cioe' in parametri di ponderazione; pertanto, mentre il criterio costituisce la caratteristica dell'offerta, in base alla quale deve scaturire una valutazione da parte dell'amministrazione, il parametro e' quel dato numerico volto a garantire, in relazione alla natura del servizio/fornitura, un corretto rapporto prezzo/qualita'.

Va precisato, inoltre, che la suddivisione di un criterio di

valutazione in sub criteri non puo' non essere effettuata (ed e', cioe', sostanzialmente necessaria) qualora il criterio di valutazione sia caratterizzato da piu' aspetti che devono essere valutati separatamente l'uno dall'altro. Per esempio, il valore tecnico di un progetto puo', o meglio deve, essere riguardato sotto piu' punti di vista o aspetti: la funzionalita' della soluzione progettuale, le soluzioni tecnologiche, le caratteristiche estetiche, la qualita' dei materiali. Pertanto, il criterio "valore tecnico del progetto", al fine di effettuare una corretta valutazione, dovrebbe essere suddiviso, per esempio, in quattro sub criteri da valutare separatamente. Il valore tecnico del progetto dipendera' dai valori dei suoi quattro aspetti particolari: solo in tal modo si esprime correttamente la valutazione globale del progetto.

La scelta del legislatore nazionale (conformemente, del resto, alle direttive comunitarie attualmente vigenti) si e' orientata nel senso di attribuire carattere meramente indicativo ed esemplificativo all'elenco di criteri normativamente fissati nell'articolo 83 del Codice.

Secondo tale ultimo articolo, "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 qualita';
- 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;
- f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
- g) la redditivita';
- 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 modalita' di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti".

I criteri di valutazione indicati nel Codice, contrariamente a quanto avveniva nella precedente normativa, non sono tassativi, ma suggeriti a titolo esemplificativo, ferma restando la necessaria pertinenza alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto.

Si rammenta, tuttavia, che non appare ammissibile, nell'ambito dell'attuale quadro normativo di derivazione comunitaria, l'eliminazione totale dell'elemento prezzo. Il 46° considerando (terzo periodo) della Direttiva Ce 2004/18 prevede, al riguardo, che "le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente piu' vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualita'/prezzo. A tal fine stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. La determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonche' di misurare il rapporto qualita'/prezzo di ciascuna offerta" ⁹ .

⁹ Nel Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, pubblicato dalla Commissione UE e'

adombrata la possibilita' in una revisione delle direttive appalti, la possibilita' di un terzo criterio di aggiudicazione che non contempli il prezzo, per alcune tipologie di appalti, ad esempio nel settore dei servizi sociali.

Secondo quanto piu' volte affermato dalla Corte di Giustizia Europea e dalla Commissione UE, in sintesi, nella scelta dei criteri, la stazione appaltante deve rispettare le seguenti prescrizioni¹⁰ :

¹⁰ Cfr. cause C-513/99 (Concordia Bus) e C-448/01 (Wienstrom).

- a) i criteri devono essere collegati all'oggetto dell'appalto;
- b) i criteri devono essere specifici e oggettivamente quantificabili;
- c) i criteri devono essere indicati nel bando e/o nei documenti di gara affinche' siano noti a tutti i concorrenti;
- d) i criteri devono rispettare i principi del trattato UE (parita' di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalita' e di trasparenza).

Il requisito del collegamento con l'oggetto dell'appalto e' da considerarsi imprescindibile nell'attuale sistema, come delineato dalle direttive comunitarie sugli appalti pubblici. Esso garantisce che i criteri di valutazione siano correlati alle esigenze della stazione appaltante, in base alla definizione fornita nell'oggetto dell'appalto. Il collegamento con l'oggetto dell'appalto puo' anche contribuire ad evitare che alcuni operatori economici di uno specifico Paese possano potenzialmente essere favoriti a danno di quelli di altri Stati membri. Grazie al collegamento con l'oggetto dell'appalto, l'acquisto rimane l'elemento centrale del processo nel quale si utilizza il denaro dei contribuenti. Cio' costituisce una garanzia importante, che consente alle stazioni appaltanti di ottenere la migliore offerta possibile mediante l'uso efficiente del denaro pubblico¹¹

¹¹ Cfr. Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, pubblicato dalla Commissione UE.

La CGUE (sentenza Wienstrom, C-448/01) ha poi stabilito che i criteri di valutazione non devono mai conferire una liberta' incondizionata di scelta alle stazioni appaltanti. Tale liberta' deve essere limitata attraverso la definizione di criteri specifici, correlati al prodotto e quantificabili o, secondo le parole della Corte di giustizia, "adeguatamente specifici e obiettivamente quantificabili". Cio' significa che la commissione di gara deve essere posta in grado di verificare effettivamente che le offerte rispondono ai criteri sulla base di informazioni e documenti oggettivi messi a disposizione dagli offerenti.

Come terzo requisito, i criteri utilizzati per identificare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa devono essere menzionati nel bando o, almeno, negli atti di gara. La stazione appaltante non puo', quindi, prendere in considerazione criteri non previsti nel bando e deve prevederli tutti ex ante. L'ultima condizione, che deriva dai principi comunitari e dalle direttive sugli appalti, prescrive che i criteri di valutazione devono soddisfare tutti i principi fondamentali del diritto dell'UE.

La CGUE ha esplicitamente sottolineato l'importanza del principio di non discriminazione, che e' alla base di altri principi, quali la libera prestazione di servizi e la liberta' di stabilimento.

Sulla base delle indicazioni sopra delineate, non sono utilizzabili per esempio:

- la garanzia definitiva ex articolo 113 del Codice ¹² - la garanzia

definitiva ex articolo 113 del Codice

¹² Cfr. Avcp, parere n. 113/2010

- la certificazione di qualita' aziendale¹³ - la certificazione di qualita' aziendale

¹³ Cfr. Avcp, pareri nn. 58/2007, 50/2008 e 141/2007; delibera n. 183/2007; Cons. Stato, 29 aprile 2009, n. 2716.

- i requisiti che attengono all'esperienza professionale acquisita dal concorrente (curriculum, licenze, la competenza, le referenze, i lavori gia' realizzati, le risorse disponibili, ecc .) ¹⁴ nei limiti precisati nel paragrafo 4.4;

¹⁴ Cfr. Avcp, parere n. 78/2008 e deliberazione n. 209/2007; sentenza Corte di Giustizia n. 532/06 del 24/02/2008; ex multis, Consiglio di Stato, sez VI, 15/06/2010, n. 3740.

- le referenze in ordine a servizi analoghi prestati ¹⁵ ;

¹⁵ Cfr. Avcp, parere n. 26/2007.

- il fatturato globale o specifico realizzato nel triennio ¹⁶ ,

¹⁶ Cfr. Avcp, parere n. 4/2008 e delibere contratti n. 257/2007 e n. 233/2007.

- l'elenco delle attrezzature e macchinari, l'importo del fatturato e numero medio di lavoratori dipendenti¹⁷ - l'elenco delle attrezzature e macchinari, l'importo del fatturato e numero medio di lavoratori dipendenti

¹⁷ Cfr. Avcp, delibera n. 185/2007.

- un criterio che favorisca esclusivamente le imprese locali¹⁸ - un criterio che favorisca esclusivamente le imprese locali

¹⁸ Cfr. Avcp, parere n. 251/2008.

3.3 L'importanza di una corretta ponderazione

Strettamente connessa alla scelta dei criteri di valutazione e' ovviamente l'indicazione della relativa ponderazione e, cioe', l'utilita' che il singolo elemento di valutazione riveste per la stazione appaltante rispetto alla totalita' degli elementi di valutazione dell'offerta per quello specifico appalto. Quanto al merito della scelta relativa al peso o punteggio da attribuire a ciascun criterio, la discrezionalita' della stazione appaltante trova, secondo la giurisprudenza, l'unico limite della "manifesta irrazionalita'" della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'intervento¹⁹ Strettamente connessa alla scelta dei criteri di valutazione e' ovviamente l'indicazione della relativa ponderazione e, cioe', l'utilita' che il singolo elemento di valutazione riveste per la stazione appaltante rispetto alla totalita' degli elementi di valutazione dell'offerta per quello specifico appalto. Quanto al merito della scelta relativa al peso o punteggio da attribuire a ciascun criterio, la discrezionalita' della stazione appaltante trova, secondo la giurisprudenza, l'unico limite della "manifesta irrazionalita'" della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'intervento

¹⁹ Cfr., ex multis, T.A.R. Lazio, sez. III - quater, 13/11/2008,

n. 10141.

(. Tali ipotesi, che incidono sulla legittimità del bando, si rinvencono laddove, ad esempio, il valore attribuito ad un criterio sia tale da preconstituire, nei confronti dei concorrenti, illegittime posizioni di vantaggio²⁰, oppure nei casi in cui, pur avendo adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, venga assegnato ad uno dei criteri di valutazione un peso talmente elevato da rendere praticamente superflui tutti gli altri²¹).

²⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 16.03.2005, n. 1079.

²¹ Cons. St., sez. V, 11/01/2006, n. 28; Cons. St., sez. V, 9/03/2009, n. 1368.

La giurisprudenza amministrativa, pur tendendo a riconoscere, nelle gare d'appalto da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la legittimità dell'attribuzione di un peso percentuale maggiore in favore del criterio tecnico rispetto al criterio economico, afferma, comunque, che, sulla base dell'art. 83 del Codice, la stazione appaltante, purché sia specificato nel bando di gara e nella lettera di invito, non incontra limiti nella fissazione dei punteggi da attribuire per ogni aspetto dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ne deriva che anche il prezzo può subire degli aggiustamenti in base alla formula adottata dalla stazione appaltante.

La scelta del peso da attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta è rimessa, quindi, caso per caso, alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che, nella specifica ipotesi, hanno il fattore prezzo ed i contenuti qualitativi. Conseguentemente, le scelte concretamente poste in essere nelle clausole della lex specialis rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante, che può essere sindacata solo se manifestamente illogica o irragionevole²² ()

²² Cfr., ex multis, da ultimo T.A.R. Lazio, sez. III, 28 gennaio 2009 n. 630.

(.) Unico vincolo posto dal legislatore, comunitario e nazionale, è che tanto il prezzo quanto gli aspetti di carattere qualitativo dell'offerta siano oggetto di valutazione, atteso che l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nel "considerando" n. 46 della citata direttiva n. 18/2004, è ritenuta quella che tende a garantire il miglior rapporto tra qualità e prezzo.

In sintesi, dunque, può affermarsi che, quando per l'aggiudicazione della gara sia stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo (o massimo) predeterminato per tale criterio, purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita, riconoscendosi al criterio prezzo un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri criteri da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore, invece di combinare il prezzo con tali altri criteri onde assicurare, da un lato, alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di fidarsi in una uniforme valutazione dell'offerta²³.

²³ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 21 novembre 2005, n. 6901.

L'impostazione corretta tra il peso dei criteri qualitativi e quello dei criteri quantitativi, in particolare del prezzo, deve essere, nei riguardi del peso complessivo, in rapporto di prevalenza a favore dei criteri qualitativi rispetto ai criteri quantitativi, al fine di non frustrare la ratio stessa dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che postula la ottimale ponderazione del rapporto qualità/prezzo. Ne deriva la grande importanza di effettuare, in sede di impostazione della gara, simulazioni di vario tipo, prima di cristallizzare la scelta definitiva negli atti della gara.

Il Codice non fornisce alcuna indicazione sul rapporto tra prezzo (offerta economica) e qualità (offerta tecnica), a parte quanto precisato dall'articolo 53, comma 2, lett. c) che prevede, in caso di appalto di progettazione ed esecuzione, la valorizzazione della qualità del progetto offerto in sede di gara ²⁴.

²⁴ Nel Regolamento, l'articolo 286 sui servizi di pulizia prevede un range di punteggi per i diversi criteri; allo stesso modo, l'articolo 266 per i servizi di architettura e di ingegneria.

L'individuazione, pertanto, del corretto rapporto tra le due componenti, deve essere effettuata dalla stazione appaltante sulla base di una preliminare valutazione correlata:

- al mercato di riferimento ed alle tipologie di tecnologie presenti e dei relativi costi;
- al numero dei potenziali concorrenti in grado di garantire soluzioni idonee e qualitativamente rispondenti ai requisiti ricercati;
- al grado di puntualità delle specifiche tecniche poste a base di gara.

La complessità delle operazioni di scelta dei criteri di valutazione, di eventuale suddivisione degli stessi in sub-criteri, di attribuzione dei relativi pesi e sub pesi o punteggi e sub punteggi e di specificazione dei criteri motivazionali - di cui si parlerà nel prosieguo - ha suggerito al legislatore di prevedere, al comma 4 dell'articolo 83 del Codice, la possibilità di nominare uno o più esperti ai quali affidare l'incarico di individuare i suddetti criteri e sub criteri.

L'operazione di individuazione dei criteri di valutazione e dell'attribuzione dei relativi punteggi è, infatti, particolarmente complessa: un aiuto alla discrezionalità dell'amministrazione è l'adozione del metodo dei "confronti binari" (citato nell'allegato "G" del Regolamento). Il punto di forza di tale metodo risiede, essenzialmente, nel fatto di richiedere ad un decisore di operare semplici giudizi, sulla base del confronto di due elementi alla volta, senza che questi debba eseguire difficili misurazioni cardinali (sulla base di una c.d. "funzione di utilità") delle sue preferenze assolute (per alcuni esempi, si veda la determinazione AVCP n. 4/2009). Si deve, ribadire, però, come, nella fase di preparazione del bando di gara, la ponderazione ottenuta dal "confronto binario" non è da considerare un risultato corretto in assoluto o immodificabile: la stazione appaltante ben può ritoccare i pesi ottenuti e addirittura utilizzarli per la revisione dei pesi stessi, reiterando, anche più volte, la ponderazione, con la finalità di rendere ottimale la successiva valutazione delle offerte.

È, tuttavia, ammessa anche un'eccezione questa alla regola generale della ponderazione. Si tratta dell'ipotesi in cui l'ente appaltante ritenga impossibile procedere alla ponderazione per ragioni dimostrabili. In questo caso, può limitarsi ad indicare nel bando l'ordine decrescente di importanza dei criteri (articolo 83, comma 3, del Codice). Va rilevato, a questo proposito, che non appaiono di

immediata evidenza i casi in cui vi sia un'oggettiva impossibilita' di individuare i pesi ponderali ed i punteggi dei criteri, posto che, come evidenziato, si tratta di un'operazione che mira a tradurre in termini matematici l'importanza relativa che, in un determinato appalto, hanno i criteri medesimi. Inoltre, come sopra rilevato, e' sempre possibile ricorrere ad esperti per la predisposizione di criteri e pesi. D'altro canto, e' indubbio che questo modo di procedere lascia alla stazione appaltante una ampia discrezionalita' in sede di valutazione dell'offerta. Sotto questo profilo, va evidenziato che, anche nel caso in cui siano previsti, per i criteri di valutazione, pesi o punteggi ed i metodi stabiliti per determinare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa, implicando comunque la valutazione discrezionale di aspetti dell'offerta, tale meccanismo comporta un indubbio margine di discrezionalita' in sede di applicazione. Dunque, si ritiene che tale possibilita' vada utilizzata in casi di alta complessita', previa adeguata motivazione che deve essere esplicitata nella delibera a contrarre. Rimane, poi, fermo che in tali casi occorre, in ogni caso, stabilire nei documenti di gara le modalita' ed i criteri di selezione della migliore offerta. In questo caso, si potrebbe, comunque, utilizzare il metodo AHP nella sua versione integrale, come si rinviene nella letteratura scientifica, illustrato nel Quaderno "Il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa " pubblicato sul sito dell'Autorita'.

3.4 Possibilita' di prevedere elementi di natura "soggettiva"

Una questione molto dibattuta, in relazione alle modalita' di individuazione dei criteri di valutazione, riguarda la possibilita' di prevedere criteri di tipo "soggettivo", legati all'esperienza degli offerenti. Tale aspetto e' evidentemente molto rilevante per gli appalti di servizi e forniture, ove la valutazione di aspetti soggettivi si riverbera inevitabilmente sul contenuto e l'affidabilita' dell'offerta, potendo permettere alla stazione appaltante di ottenere migliori risultati.

Un indirizzo giurisprudenziale recente sembra individuare alcune possibilita' in tal senso, ma occorre valutare questa evenienza con molta attenzione per evitare possibili discriminazioni all'accesso alle gare: i criteri di valutazione previsti devono sempre essere costruiti con riferimento all'offerta (e non all'azienda in quanto tale) ed il peso attribuito nel bando non deve, comunque, assumere rilievo eccessivo.

Il principio generale che presiede all'applicazione del divieto in esame (affermato da copiosa giurisprudenza e ribadito dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007), esige, infatti, la distinzione tra requisiti di natura soggettiva, richiesti ai concorrenti per partecipare alla gara e criteri oggettivi, applicati per la valutazione e la selezione dell'offerta. In altre parole, i requisiti soggettivi dell'offerente attengono alle capacita' economiche, finanziarie e tecniche di cui agli articoli 41 e 42 del Codice, mentre l'offerta deve essere valutata sulla base del proprio contenuto qualitativo, direttamente attinente all'oggetto dell'appalto (articolo 83 del Codice) e con la netta esclusione, in questa fase, delle qualita' soggettive dei concorrenti.

Una recente, ma non isolata, giurisprudenza, pur ribadendo il principio di separazione di cui sopra, ne ha evidenziato alcuni limiti ed alcune ingiustificate rigidita'.

Si riassumono, di seguito, le decisioni piu' significative di tale ultimo indirizzo.

La prima e' la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 9 giugno 2008, n. 2770, nella quale viene ammesso che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente afferenti all'oggetto del contratto, possano essere valutate per la

selezione dell'offerta. Nel caso di specie, relativo ad un appalto concorso per la progettazione e fornitura di tre complessi edilizi, la previsione di un parametro relativo al "valore qualitativo dell'impresa" e' stata ritenuta inerente all'offerta tecnica e, in particolare, alla specifica attitudine dell'impresa - anche sulla base di esperienze pregresse - a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. La sentenza afferma che, tenere distinti profili soggettivi e dati oggettivi, "non significa ignorare che, trattandosi di organizzazioni aziendali, determinate caratteristiche dell'impresa - tanto piu' quando specifiche rispetto all'oggetto dell'appalto - possano proiettarsi sulla consistenza dell'offerta" e non attengono, quindi, a "generiche capacita' tecniche del concorrente, gia' verificate ai fini dell'ammissione alla gara sulla base di criteri diversi".

La seconda e' la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, del 16 febbraio 2009, n. 837, secondo cui "la giurisprudenza che ammette la facolta' della stazione appaltante di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo concernenti, cioe' la specifica attitudine del concorrente n anche sulla base di analoghe esperienze pregresse n a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara e' ferma nel ritenere cio' legittimo, nella misura in cui aspetti dell'attivita' dell'impresa possano illuminare la qualita' dell'impresa"

La terza e' la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, del 12 giugno 2009, n. 3716, nella quale, nel ribadire che il rischio di commistione debba essere valutato in concreto e non enfatizzato sulla base di formulazioni astratte, e' stata ritenuta legittima, nel caso concreto, la valutazione della struttura aziendale del concorrente nell'ambito dell'offerta tecnica, in quanto tali caratteristiche dell'offerente si proiettavano inevitabilmente sulla consistenza dell'offerta stessa.

La quarta e' la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 18 settembre 2009, n. 5626, nella quale viene dato conto dell'esistenza di due filoni giurisprudenziali: un primo che ritiene illegittima ogni commistione tra requisiti di capacita' dell'offerente ed elementi propri dell'offerta, in base ad "una rigida interpretazione letterale dei principi enunciati in sede comunitaria" ed un secondo, ritenuto piu' equilibrato, secondo cui "purche' non vengano menzionati elementi distonici rispetto all'oggetto dell'appalto, ben possono essere presi in considerazione - in sede valutativa del merito dell'offerta - elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano, senza incertezze (e purche' ad essi non sia attribuito un peso, in termini di punteggio, preponderante) sulla qualita' del servizio oggetto della procedura evidenziale".

La quinta e' la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI del 15 dicembre 2010, n.08933 che si riferisce ad una controversia riguardante una gara indetta con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa per l'affidamento di un servizio di tesoreria. Nella pronuncia si pone in rilievo che "il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore e' particolarmente sottile, stante la potenziale idoneita' dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilita' e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Il Consiglio di Stato ritiene, di conseguenza, che "il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non risulta eluso o violato allorché' gli aspetti organizzativi non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali - in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilita' soggettiva - ma quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalita' prospettate nell'offerta, come elemento, cioe', incidente sulle

modalita' esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta. La sentenza, in sostanza, afferma "che l'articolazione territoriale degli sportelli sia stata dalla stazione appaltante intesa quale espressione di efficienza del servizio, cosi' atteggiandosi, coerentemente con quanto previsto dall'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006".

In sostanza, se e' vero che i criteri di valutazione dell'offerta che possono essere applicati dalle stazioni appaltanti non sono tassativamente elencati dall'art. 83 del Codice e che tale disposizione lascia, quindi, alle stazioni appaltanti discrezionalità nella scelta degli stessi, cio' nondimeno tale scelta puo' riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa. Il collegamento all'oggetto dell'appalto, quindi, puo' legittimare, a determinate condizioni, il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico di tipo "soggettivo" e l'utilizzo di detti criteri appare ragionevole quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificita' che le procedure di affidamento degli appalti pubblici possono presentare, come nel caso di una procedura che abbia ad oggetto non un progetto o un prodotto, ma un facere.

Con particolare riferimento ai servizi di ingegneria (cfr. determinazione n. 5 del 2010), tale interpretazione trova conferma nella previsione contenuta nel Regolamento (articolo 266, comma 1, lett. b), n.1), secondo cui l'offerta tecnica deve essere documentata da "... un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacita' a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento (...)" .

La giurisprudenza citata evidenzia, quindi, che la previsione nei bandi di gara di parametri soggettivi relativi ai concorrenti, purché strettamente attinenti al merito valutativo dell'offerta, non lede la ratio del principio di separazione enunciato, che risiede nell'intento di evitare possibili discriminazioni all'accesso alle gare (cio' avverrebbe, viceversa, nel caso in cui fosse attribuito un punteggio all'offerta tecnica in base al mero dato quantitativo del fatturato pregresso). In altri termini, gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse, per il loro stretto collegamento con lo specifico oggetto dell'appalto, non devono essere considerate in quanto tali, ma come elemento incidente sulle modalita' esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta. In ogni caso, tali criteri non possono avere un valore preponderante nella valutazione complessiva dell'offerta²⁵ .

²⁵ Cfr. parere di precontenzioso n. 1 del 12 gennaio 2011.

3.5 Esigenze sociali ed ambientali

Come già ampiamente illustrato, l'offerta economicamente piu' vantaggiosa puo' consentire di attribuire rilievo ad elementi oggettivi, legati alla realizzazione di particolari obiettivi, di valenza non economica, purché inerenti, a vario titolo, alle prestazioni contrattuali, quali i criteri ambientali e sociali. Nel Codice, peraltro, si stabilisce, in termini piu' generali ed ampi, la regola secondo cui (art. 1, comma 2), "il principio di economicita' puo' 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"²⁶ .

²⁶ La stazione appaltante puo' prevedere criteri ambientali e sociali quali condizioni di esecuzione del contratto. Ai sensi dell'articolo 69 del Codice , "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. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari puo' comunicarle all'Autorita', che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando puo' essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari". Sul sito dell'Autorita', alla voce "pareri sulla normativa", sono reperibili i pareri resi.

Tali elementi devono, però, rispettare i criteri delineati nel paragrafo 4.2 ed in particolare devono:

- essere collegati all'oggetto dell'appalto secondo quanto previsto nelle specifiche tecniche, ovvero nel progetto di servizio/fornitura;

- consentire di effettuare una valutazione degli offerenti sulla base dei relativi criteri economici e qualitativi, considerati nell'insieme allo scopo di individuare le offerte che presentano il miglior rapporto qualità/prezzo. Ciò significa che non è necessario che ogni singolo criterio di aggiudicazione fornisca un vantaggio economico all'amministrazione aggiudicatrice, ma che, considerati nell'insieme, i criteri di valutazione (cioè i criteri economici e sociali/ambientali) devono consentire alla stazione appaltante di identificare l'offerta che offre il miglior rapporto qualità/prezzo ²⁷ .

²⁷ Si vedano: COM (2001) 566 sul diritto dell'UE applicabile agli appalti pubblici e alle possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici; comunicazione interpretativa della Commissione, del 4 luglio 2001, sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici COM (2002) 274 def.. Sono poi state pubblicate alcune utili guide operative sul sito della Commissione (<http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/>; <http://ec.europa.eu/social/publications>).

In merito alle modalità di utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Regolamento ha introdotto una disposizione specifica sulla necessità che, in sede di definizione dei criteri di valutazione, le stazioni appaltanti tengano conto delle esigenze sociali e di quelle di tutela dell'ambiente e della salute.

In questo senso, per i servizi e forniture, l'articolo 283, comma 2, del Regolamento stabilisce che, al fine della determinazione dei criteri di valutazione, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di ambiente, salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico, nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, al fine di attuare, nella loro concreta attività di committenza, il principio di cui all'articolo 2, comma 2 e l'articolo 69 del Codice.

3.6 I criteri motivazionali

Altra questione, sempre riguardante la costruzione dei criteri di valutazione, da definire nei documenti di gara e' quella dei c.d. criteri motivazionali. L'art. 1, comma 1 lettera u), del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. "terzo decreto correttivo" al Codice) ha emendato l'art. 83 del Codice, sopprimendo il terzo periodo del comma 4 il quale, prima della modifica, prevedeva che "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterra' per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando" (art. 83 comma 4, terzo periodo). La soppressione di questa parte del comma fa, dunque, venir meno la possibilita', in capo alla commissione giudicatrice, di specificare i criteri motivazionali in ordine ai vari aspetti dell'offerta tecnica.

La modifica ha, in questo modo, riservato al momento della redazione del bando di gara la definizione dei criteri di valutazione che la commissione deve utilizzare nell'esame di tutti gli elementi che compongono l'offerta tecnica. Le modifiche apportate al comma 4 dell'art. 83 del Codice implicano una definizione dei criteri di valutazione che si predetermina in toto a monte della gara e che, dunque, vede nella stesura del bando il momento unico per inquadrare tutti i criteri (e i loro pesi ponderali) che saranno poi considerati nel momento piu' tecnico della valutazione delle offerte, questa si' in capo alla commissione giudicatrice. Cio', per tutelare anche il principio di trasparenza ed evitare il rischio che tali criteri motivazionali siano declinati secondo una valutazione a posteriori.

Quando si intende ricorrere al criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa non e' possibile, allora, lasciare generiche o indeterminate parti del capitolato prestazionale, per poi farle "completare" dalle offerte e, cosi', permettere alle commissioni valutazioni che integrano le scelte effettuate dalla stazione appaltante nel bando di gara.

Al contrario, il capitolato ed il progetto debbono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione in modo chiaro e definendo, in maniera altrettanto chiara, i livelli qualitativi ai quali corrispondono i punteggi, affinche' la commissione si limiti ad accertare la corrispondenza tra un punteggio ed un livello predefinito. In merito, l'autorita' ha evidenziato che "un capitolato d'appalto che citi gli elementi concreti da valutare da parte della commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio [...] indicandoli, pero', in maniera approssimata e generica e senza ancorarli ad una predeterminata graduazione di punteggi che va da un minimo ad un massimo passando per posizioni intermedie predeterminate o determinabili, [...] consegna indebitamente un notevole potere discrezionale alla commissione giudicatrice" (cfr. Parere AVCP n. 137 del 19 novembre 2009).

Si deve, infatti, evitare in modo assoluto che la genericita' dei documenti di gara finisca con l'attrarre, nell'orbita del giudizio tecnico sugli elementi dell'offerta, la definizione dei pesi e dei rapporti sulla base dei quali essa verra' strutturata. Cio' potrebbe comportare una effettiva disparita' tra i soggetti che partecipano alla gara, che si vedono "ridefinire" i criteri di valutazione in un momento successivo all'offerta.

La riformulazione del comma 4 dell'articolo 83 non prevede espressamente che i criteri motivazionali debbano essere predefiniti a monte. Appare, tuttavia, certo che il bando deve dettagliare i criteri ed i punteggi in modo da lasciare margini di discrezionalita' ristretti alla commissione, la quale, nella sostanza, deve operare

solo in modo vincolato, avendo cura di assegnare per quel "criterio" uno specifico e determinato punteggio corrispondente alla definizione dell'offerta.

Come già evidenziato nella determinazione n. 4 del 2009, in merito ai criteri motivazionali, qualora la determinazione dei coefficienti variabili tra zero ed uno avvenga con valutazioni discrezionali espresse dai singoli componenti della commissione giudicatrice, essi devono essere previsti in modo dettagliato, precisando quale caratteristica deve essere presente nell'offerta per attribuirle il coefficiente 1,00 e quale deve essere presente per attribuirle il coefficiente 0,60 e così via. In sostanza, per ogni criterio o sub-criterio, occorre predisporre una griglia di caratteristiche che lo contraddistinguono, ad ognuna delle quali, qualora sia presente nell'offerta, si farà corrispondere un prefissato valore del coefficiente stabilito tra zero ed uno. I commissari stabiliranno, in relazione a quanto contenuto nell'offerta, a quale punto della griglia corrisponde, sulla base di una loro valutazione, il contenuto dell'offerta e, di conseguenza, attribuiranno all'offerta il coefficiente ivi indicato. I criteri motivazionali possono essere, invece, meno dettagliati se i coefficienti sono attribuiti mediante il "confronto a coppie", in quanto, come osservato dalla giurisprudenza, nel caso del "confronto a coppie, la motivazione della valutazione degli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze accordate ai vari elementi considerati nel raffronto di ciascuno dei progetti con gli altri, secondo un metodo che abilita e legittima una indicazione preferenziale ragguagliata a predeterminati indici e non richiede alcuna estrinsecazione logico argomentativa della preferenza, poiché il giudizio valutativo è insito nell'assegnazione delle preferenze, dei coefficienti ed in quella consequenziale del punteggio" (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I 14 gennaio 2009, n. 15).

Su tali temi, si tornerà nei paragrafi successivi in relazione ai metodi per l'ordinamento delle offerte.

3.7 La fissazione della soglia

Un altro aspetto innovativo del Codice (articolo 83, comma 2) e del Regolamento riguarda la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio (soglia di sbarramento) che i concorrenti devono vedersi attribuire o acquisire, in relazione a taluni criteri di valutazione. Questa innovazione, di origine comunitaria, consente alla stazione appaltante di prevedere, nei documenti di gara, che gli offerenti, in relazione ad alcuni criteri di valutazione ritenuti particolarmente importanti, debbano conseguire un punteggio - soglia minimo prestabilito. Va sottolineato che la soglia può anche essere stabilita con riferimento ai coefficienti, di cui si parlerà in prosieguo.

In linea generale, è con riferimento ai criteri qualitativi che la soglia può essere un utile strumento, soprattutto nei servizi, ad esempio nei casi in cui la stazione appaltante intenda respingere offerte, anche molto economiche, ma che non rispettino certi standard di qualità o efficienza. La stazione appaltante ben può, ad esempio, predeterminare una soglia minima qualitativa del criterio relativo alle caratteristiche metodologiche dell'offerta, prevedendo nel bando che, qualora tale soglia non venga raggiunta, non procederà alla valutazione degli altri elementi dell'offerta e considererà escluso il concorrente dalla gara.

Il legislatore rimette alla stazione appaltante la facoltà di determinare tale soglia, precisando, all'articolo menzionato citato, che quest'ultima va prefissata nella *lex specialis* e cioè al fine di consentire a tutti i partecipanti alla procedura di avere, sin dall'inizio, piena contezza degli elementi che incidono sulla

partecipazione, sulla valutazione delle offerte e, quindi, in ultima analisi, sull'aggiudicazione. Ne consegue che la soglia di sbarramento non può essere determinata ex post dalla commissione di gara, con una valutazione che potrebbe essere orientata dalla conoscenza dei partecipanti. Osta a ciò sia il dato testuale dell'art. 83 del Codice, che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di introdurre una clausola di sbarramento, sia la ratio della medesima disposizione, che, come sopra ricordato, è quella di mettere i partecipanti alla gara nella condizione di conoscere prima della formulazione dell'offerta tutti gli elementi che possono incidere sulla determinazione della stessa²⁸.

²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4271.

4. Come individuare la migliore offerta

Nei precedenti paragrafi si è, più volte, evidenziato che nell'offerta economicamente più vantaggiosa sono presi in considerazione diversi criteri di valutazione che possono essere sia quantitativi che qualitativi.

L'art. 83, comma 5, del Codice stabilisce che le stazioni appaltanti debbano utilizzare metodologie tali da consentire l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con un unico parametro numerico finale.

Il Regolamento, riprendendo i contenuti dell'allegato B del d.P.R. 554/1999, per indicare tali metodologie, fa riferimento alle cosiddette analisi multicriteri o multiobiettivi e, ferma restando la possibilità di utilizzare uno qualsiasi dei metodi che si rinvencono nella letteratura scientifica, indica alcuni metodi, quali il metodo aggregativo compensatore o della somma pesata, il metodo electre, il metodo analytic hierarchy process (AHP), il metodo evamix, il metodo technique for order preference by similarity to ideal solution (TOPSIS).

In più occasioni, l'Autorità ha chiarito quale è il contenuto di tali tecniche. Ha specificato che i multicriteri sono sistemi di aiuto alle decisioni, ossia strumenti idonei a consentire l'esplicitazione delle proprie preferenze, per il raggiungimento della consapevole adozione di una soluzione adeguata al problema posto. Tali tecniche non hanno lo scopo di sostituire il giudizio umano con strumenti di decisione completamente automatici, ma quello di fornire al decisore un supporto che, rimanendo sotto il suo diretto controllo, ne espande la capacità di analisi, senza imporre scelte e soluzioni predefinite. In sostanza, la letteratura scientifica chiarisce che essi permettono un approccio multidisciplinare, finalizzato ad analizzare i problemi propri di una moderna società tecnologica da diversi punti di vista: economico, sociale, amministrativo, etico ed estetico. Detti strumenti, inoltre, forniscono una base razionale a problemi di scelta caratterizzati da molteplici criteri, partendo dal presupposto che, in un contesto sociale, gli obiettivi (ad esempio, un progetto di rinnovo urbano, le infrastrutture e i servizi, il mercato del lavoro ecc.) sono caratterizzati da un profilo multidimensionale, detto vettore (w) degli elementi, che ingloba tutti gli attributi rilevanti per la loro completa specificazione.

Tale indicazioni hanno trovato conferma nella recente giurisprudenza. Il Consiglio di Stato, sezione V, nella sentenza n. 5583 del 18 ottobre 2011, ha affermato che "le analisi multicriteriali si propongono, in sostanza, di individuare quale delle alternative realizzabili presenta la migliore combinazione del livello degli obiettivi, tale che essa non possa essere migliorata nei riguardi di una delle sue caratteristiche o attributi, in quanto l'aumento del perseguimento o del soddisfacimento di un obiettivo comporta

sicuramente un peggioramento nel perseguimento o nel soddisfacimento di un altro, con conseguente riduzione del livello di compromesso raggiunto. Tutti questi metodi comportano che sulla base delle alternative dei beni o servizi da valutare e degli obiettivi da perseguire o da soddisfare si costruiscano due matrici. La prima è detta matrice degli impatti, o matrice di valutazione, o matrice di decisione, o matrice di desiderabilità, o matrice di fattibilità e ha carattere prevalentemente oggettivo, in quanto è la tabulazione delle misure quantitative e qualitative dell'effetto o impatto prodotto da ciascuna alternativa rispetto ad ognuno degli obiettivi. Di norma, sull'asse orizzontale della matrice sono posti gli obiettivi e sull'asse verticale le alternative. La seconda, detta matrice dei pesi oppure matrice degli obiettivi, ha carattere prevalentemente soggettivo. Di norma, sul suo asse orizzontale sono posti gli obiettivi e sull'asse verticale gli scenari o punti di vista dei decisori, ossia le priorità latu sensu "politiche".

In sintesi, il committente attribuisce, sulla base dell'importanza che ritiene di dover assegnare agli elementi o criteri di valutazione, ad ognuno di essi un peso, che rappresenta la percentuale in cui un determinato elemento o criterio di valutazione contribuisce al giudizio complessivo, dovendo la somma di tutti i pesi essere uguale a cento (normalizzazione dei pesi). L'attribuzione del peso a ciascun criterio di valutazione esprime la discrezionalità amministrativa e politica del committente. Il problema che si pone è come ricavare dai dati delle suddette tabelle una graduatoria delle alternative. È evidente che la proposta in astratto migliore dovrebbe fornire contemporaneamente per tutti gli elementi di valutazione la migliore risposta. Ma quasi mai ciò si verifica. Il problema è, quindi, quello di stabilire quale procedura o metodo seguire per individuare la proposta che si ritiene essere la migliore, cioè quella che costituisce, come prima detto, il miglior compromesso rispetto ai diversi obiettivi che si vogliono perseguire. Sul piano scientifico, sono stati studiati molti metodi per dare risposta al problema, ma si è rilevato anche che nessuno di essi è esente da limiti. Diverse tecniche di aiuto alle decisioni o di analisi multicriteri o multiobiettivi conducono a differenti classifiche degli oggetti in esame e che ognuna di tali tecniche dà risposta ad un particolare problema. Ciò si verifica dal momento che non esiste la soluzione ottimale per l'allocazione delle risorse. Di norma, ciascuna offerta risponde, infatti, in misura diversa ai diversi elementi di valutazione ed è ritenuta, come si è prima osservato, migliore l'offerta che raggiunge il miglior compromesso, che cioè mostra la minore distanza dall'offerta ideale (quella che, in teoria, raggiungerebbe la misura massima in ogni elemento di valutazione). Questa è la ragione che impone di indicare nel bando di gara o nella lettera d'invito non solo i criteri di valutazione, ma anche quale scenario, cioè quali pesi, la stazione appaltante ha attribuito ad essi criteri e quale metodo la commissione giudicatrice dovrà seguire per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Al fine di conseguire trasparenza e correttezza della procedura è, cioè, necessario stabilire prima che i concorrenti presentino le loro proposte come verrà determinato il compromesso sopra indicato. Si evince, pertanto, al di là della complessità della materia, che tocca profili di matematica applicata, volta a formalizzare i processi decisionali di scelta, che la formula di gara prescelta tra uno dei molti metodi multicriteri, è potenzialmente in grado di influire sull'esito conclusivo della gara. Pertanto, essa non può condurre ad una distorsione degli elementi di valutazione e dei relativi pesi fissati dal bando di gara".

L'Autorità, nella determinazione del 20 maggio 2009 n. 4, ha chiarito che - indipendentemente da quale metodo (aggregativo-compensatore o somma pesata, electre, analytic hierarchy

process - ahp, evamix, topsis, punteggio assoluto) trovi applicazione per determinare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa, cioe' per costruire la graduatoria delle offerte, la corrispondente procedura comporta sempre due fasi operative. La prima fase - dato che l'individuazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa e' fondata sulla valutazione integrata di una pluralita' di criteri di valutazione che, a causa della loro diversa natura, quantitativa o qualitativa e delle diverse unita' di misura in cui esse si esprimono, implicano la necessita' di risolvere problemi di comparabilita' tra gli stessi criteri - comporta la trasformazione dei valori assoluti delle offerte quantitative e dei giudizi delle offerte qualitative in numeri adimensionali, cioe' in coefficienti variabili tra zero ed uno. La seconda fase, invece, comporta la formazione della graduatoria applicando il metodo previsto negli atti di gara. L'Autorita' ha anche precisato che le due fasi vanno tenute separate e ha specificato in quali casi occorre procedere alla cosiddetta riparametrazione dei coefficienti. Il Regolamento stabilisce che, se i criteri di valutazione hanno natura qualitativa, cioe' intangibile, la trasformazione va effettuata con uno dei metodi di natura scientifica esistenti nella letteratura; se i criteri, invece, hanno natura quantitativa, cioe' tangibile, la trasformazione va effettuata con formule matematiche discendenti da cosiddette "funzioni di utilita'".

4.1 La prima fase delle metodologie

Nel presente paragrafo si illustra la prima fase che deve seguire la commissione giudicatrice e che consiste nella trasformazione dei valori delle offerte in coefficienti variabili tra zero ed uno.

Tale fase e' disciplinata dagli allegati "G" (settore dei lavori), "M" (settore dei servizi tecnici) e "P" (settore dei servizi diversi da quelli tecnici e delle forniture) del Regolamento. Le indicazioni su tale prima fase sono, in realta', contenute all'interno della illustrazione di uno dei metodi utilizzabili: il metodo aggregativo compensatore. Tali indicazioni valgono anche se si applica un altro metodo per la determinazione della graduatoria delle offerte, in quanto tutte le tecniche hanno bisogno di operare sulla base di numeri adimensionali variabili nello stesso modo normalmente fra zero ed uno.

Le indicazioni sono due: una per i criteri e sub criteri di valutazione di natura qualitativa intangibile e, cioe', non misurabile ed una per gli obiettivi o criteri o sub criteri di valutazione di natura quantitativa e qualitativa tangibile e, cioe', misurabile.

Per quanto riguarda la procedura prevista per i criteri di natura qualitativa intangibile e, cioe', non misurabile, non vi e' differenza nelle indicazioni contenute negli allegati "G", "M" e "P". Vi sono, invece, alcune differenze nelle indicazioni relative agli obiettivi di natura quantitativa e qualitativa tangibile e, cioe' misurabile.

4.1.1 Prima fase - aspetti qualitativi

L'allegato "P", per i criteri aventi natura qualitativa (caratteristiche intangibili), stabilisce che i coefficienti variabili tra zero ed uno possono essere determinati con:

1. la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati da ciascun commissario mediante il "confronto a coppie" a matrice triangolare, seguendo le linee guida riportate nell'allegato "G";
2. la trasformazione in coefficienti variabili tra zero ed uno

della somma dei valori attribuiti dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie" a matrice triangolare, seguendo le linee guida riportate nell'allegato "G";

3. la media dei coefficienti, calcolati dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie", seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei suddetti "confronti a coppie";

4. la media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari;

5. un diverso metodo di determinazione dei coefficienti previsto nel bando di concorso o nella lettera di invito.

Nel caso sub 1, una volta terminati i "confronti a coppie", per ogni elemento, ciascun commissario somma i valori attribuiti a ciascun concorrente e li trasforma in coefficienti compresi tra zero ed uno, attribuendo il coefficiente pari ad uno al concorrente che ha conseguito il valore piu' elevato e proporzionando, ad esso, il valore conseguito dagli altri concorrenti; le medie dei coefficienti determinati da ciascun commissario vengono trasformate in coefficienti definitivi, riportando ad uno la media piu' alta e proporzionando ad essa le altre.

Nel caso sub 2, una volta terminati i "confronti a coppie", si sommano i valori attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari. Tali somme provvisorie vengono trasformate in coefficienti definitivi, riportando ad uno la somma piu' alta e proporzionando, a tale somma massima, le somme provvisorie prima calcolate.

Nei casi sub 3, 4 e 5, una volta terminati i "confronti a coppie" o la procedura di attribuzione discrezionale dei coefficienti, si procede a trasformare la media dei coefficienti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari in coefficienti definitivi, riportando ad uno la media piu' alta e proporzionando, a tale media massima, le medie provvisorie prima calcolate.

I documenti di gara devono, quindi, prevedere quale tra le modalita' indicate sara' che utilizzata dalla commissione giudicatrice, di cui all'articolo 84 del Codice, per determinare i coefficienti. Il metodo del "confronto a coppie" e' illustrato nell'allegato "G" e richiamato dall'allegato "P". Secondo la giurisprudenza, peraltro, il metodo del "confronto a coppie" rende meno necessario il ricorso a criteri motivazionali dettagliati.

Per quanto riguarda le procedure per determinare i coefficienti variabili tra zero ed uno, relativi a criteri di valutazione aventi natura qualitativa, gli allegati G, M e P al Regolamento dispongono, fatto salvo il caso indicato al numero 2, che la media dei coefficienti attribuiti dai commissari va trasformata attribuendo alla media piu' alta il coefficiente uno e proporzionando ad essa le altre medie, in coerenza con le formule previste per i criteri aventi natura quantitativa secondo cui all'offerta piu' conveniente per la stazione appaltante e' sempre attribuito il coefficiente uno. L'esclusione della procedura della media, nel caso indicato al numero 2, e' dovuta al fatto che la procedura in esso prevista attribuisce direttamente il coefficiente uno alla migliore offerta.

Esemplificazioni del metodo del "confronto a coppie" e dei metodi multicriteri sono contenuti nel Quaderno, pubblicato sul sito dell'Autorita', "Il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa", redatto a cura dell'Osservatorio.

4.1.2 Prima fase: aspetti quantitativi

Nel presente paragrafo si analizzano alcuni aspetti concernenti la determinazione dei coefficienti variabili tra zero ed uno per le offerte quantitative ed in particolare per quella economica (ribasso

o prezzo). Tale questione e', infatti, oggetto di un vivace dibattito dottrinario, ma anche di numerose pronunce giurisprudenziali. Le questioni poste si riferiscono, pero', sempre al caso in cui e' previsto di determinare la graduatoria con il metodo aggregativo compensatore. Come si osservera' in prosieguo tali questioni non si pongono se la stazione appaltante decide di utilizzare un altro metodo multicriterio come l'electre.

La scelta dei meccanismi di valutazione non puo' che scaturire, in ogni caso, da un'analisi, da parte della stazione appaltante, dei propri fabbisogni ed obiettivi, delle proprie esperienze pregresse e del contesto di mercato di riferimento, fermi i principi ampiamente illustrati.

Conviene, anzitutto, riassumere il contenuto degli allegati al Regolamento per quanto riguarda i criteri e sub-criteri di valutazione aventi natura quantitativa cioe' misurabile.

- L' allegato "G", lettera b (contratti relativi a lavori), dispone che "per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa quali, ad esempio, il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari ad uno, attribuito ai valori degli elementi offerti piu' convenienti per la stazione appaltante, e coefficiente pari a zero attribuito ai valori degli elementi offerti pari a quelli posti a base di gara".

- L' allegato "P", lettera b), (contratti relativi a forniture e a servizi diversi da quelli attinenti all'architettura e ingegneria) dispone che "per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa quali, a titolo meramente esemplificativo, il prezzo e il termine di consegna o di esecuzione, attraverso la seguente formula:

$$V(a)_i = R_a/R_{max}$$

dove:

V(a) _i	=	Coefficiente della prestazione dell'offerta (a) rispetto al requisito (i), variabile tra zero e uno
R _a	=	Valore (ribasso) offerto dal concorrente a
R _{max}	=	Valore(ribasso) dell'offerta piu' conveniente

ovvero, per il solo elemento prezzo, attraverso la seguente formula:

Parte di provvedimento in formato grafico

dove

Parte di provvedimento in formato grafico

- L'articolo 286, comma 6, del Regolamento (servizi di pulizia)

dispone, poi, che per l'elemento prezzo deve essere utilizzata la formula:

$$C_i = (P_b - P_i) / (P_b - P_m)$$

dove

C _i	=	coefficiente attribuito al concorrente <i>i</i> esimo
P _b	=	Prezzo a base di gara
P _i	=	Prezzo offerto dal concorrente <i>i</i> esimo
P _m	=	Prezzo minimo offerto dai concorrenti

Si chiarisce anche che i termini $V(a)$ e C_i delle formule di cui all'allegato "P" del Regolamento individuano entrambi il coefficiente, variabile fra zero ed uno, cui va moltiplicato il peso o punteggio previsto nel bando di gara per l'offerta economica e che la formula alternativa per il prezzo contemplata nell'allegato "P" e' prevista nell'allegato "M", come formula obbligatoria per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura.

Inoltre, la formula prevista all'articolo 286, comma 6, del Regolamento coincide matematicamente alla formula:

$$V(a)_i = R_a / R_{max}$$

Si puo' affermare che le procedure e le formule stabilite nel Regolamento consentono di attribuire il punteggio stabilito nel bando di gara in tutti i suoi valori.

In ogni caso, al valore piu' favorevole (nel caso del prezzo: ribasso massimo o prezzo minimo) deve corrispondere il coefficiente pari ad uno ed al valore meno favorevole (nel caso del prezzo: ribasso zero o prezzo posto a base di gara) deve corrispondere il coefficiente pari a zero.

La giurisprudenza ha, in diverse occasioni, confermato che le formule devono essere tali da rendere possibile l'attribuzione dell'intero range dei punteggi, variabile da zero al massimo fissato nel bando. Quindi, le formule devono essere costruite in modo tale da garantire che si possano attribuire i pesi fissati nel bando. Al riguardo, le formule previste nel Regolamento garantiscono il rispetto di tali principi: si tratta di formule di tipo lineare che garantiscono l'equilibrio tra i criteri di valutazione. La ragione che ha condotto il legislatore a prevedere formule di tipo lineare e' dovuta, probabilmente, alla considerazione che l'utilita' marginale del ribasso e' costante, nel senso che una differenza di ribasso corrisponde sempre alla stessa riduzione di costo, qualsiasi siano i ribassi da cui tale differenza dipende. In sostanza, la derivata prima della funzione ribasso deve essere costante e, di conseguenza, deve essere una retta.²⁹ La giurisprudenza ha, in diverse occasioni, confermato che le formule devono essere tali da rendere possibile l'attribuzione dell'intero range dei punteggi, variabile da zero al massimo fissato nel bando. Quindi, le formule devono essere costruite in modo tale da garantire che si possano attribuire i pesi fissati nel bando. Al riguardo, le formule previste nel Regolamento garantiscono il rispetto di tali principi: si tratta di formule di

tipo lineare che garantiscono l'equilibrio tra i criteri di valutazione. La ragione che ha condotto il legislatore a prevedere formule di tipo lineare e' dovuta, probabilmente, alla considerazione che l'utilita' marginale del ribasso e' costante, nel senso che una differenza di ribasso corrisponde sempre alla stessa riduzione di costo, qualsiasi siano i ribassi da cui tale differenza dipende. In sostanza, la derivata prima della funzione ribasso deve essere costante e, di conseguenza, deve essere una retta.

²⁹ Si veda anche la Deliberazione AVCP n. 41 Adunanza del 23 marzo 2011.

In tal senso si e' recentemente espresso il Consiglio di Stato affermando che ³⁰ "la legge matematica o funzione di utilita' secondo la quale possono variare tutti i coefficienti (percentuali dei pesi), (...). di norma, fatto salvo che non siano di tipo sperimentale o scientifico, debbono essere dello stesso tipo, in quanto i coefficienti (percentuali del peso) devono variare nello stesso modo, altrimenti non sarebbe rispettata l'importanza relativa che il committente ha assegnato ad ogni elemento di valutazione. Se, ad esempio, all'elemento economico (ribasso o prezzo) fosse assegnata una funzione che a grandi oscillazioni dello stesso elemento comportasse una variazione molto piccola del coefficiente, per quest'elemento di valutazione tutti i concorrenti si troverebbero praticamente sullo stesso piano e, ai fini della scelta, l'elemento sarebbe ininfluenza e la scelta verrebbe compiuta sugli elementi qualitativi che, per definizione, sono discrezionali. Stabilito che tutti i coefficienti devono variare linearmente, ed essendo noto che per determinare una retta e' sufficiente stabilirne due punti, la vigente normativa individua questi due punti tenendo conto del fatto che il coefficiente deve variare, appunto, tra zero ed uno. Per ogni elemento di valutazione, quindi, le coordinate cartesiane sono state poste in modo che sia uguale ad 1 il coefficiente per la migliore offerta ed uguale a 0 il valore fissato nel bando di gara; la retta passa dunque per l'origine degli assi, in coerenza con le formule di standardizzazione o normalizzazione che si ritrovano nella letteratura scientifica. Quindi, anche sotto il profilo generale, le formule paraboliche come quelle in oggetto non assicurano affatto il rapporto ponderale tra i vari elementi di valutazione fissati dal committente, specie se tale formula riguarda il prezzo, perche' distorcendone la linearita' sotto il profilo matematico, finisce per dare massimo valore ai criteri qualitativi che sono quelli piu' discrezionali e, quindi, potenzialmente piu' manipolabili dalla commissione di gara, in contrasto con i principi di trasparenza che permeano le gare pubbliche".

³⁰ Cfr. Consiglio di Stato sezione V, n. 5583 del 18ottobre 2011, citata.

Si noti che, per il solo elemento prezzo, l'allegato P contempla, in alternativa, una formula che prevede un andamento bilineare, ma fondato su un valore soglia pari alla media delle offerte: la formula consiste nel comprimere i coefficienti assegnati all'elemento prezzo per le offerte superiori alla media dei ribassi proposti al di sopra di un coefficiente fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90. Risulta evidente che, per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo, e' necessario utilizzare gli indici X maggiormente elevati (0,85 o 0,90). Tale formula ha lo scopo di scoraggiare il superamento di determinate soglie, per garantire la qualita' dell'offerta o evitare una eccessiva compressione del costo del lavoro. Tale formula si presta, quindi, ad essere utilizzata nel caso in cui la stazione appaltante voglia scoraggiare i concorrenti a

praticare ribassi troppo elevati, come, ad esempio, nel caso di servizi ad alta intensita' di lavoro, quali i servizi di pulizia. Anche in tale caso, resta rispettato il principio che il coefficiente e' crescente al crescere del ribasso o al diminuire del prezzo.

Le formule previste dagli allegati al Regolamento, compresa quella bilineare sopra citata, sono di tipo interdipendente, nel senso che l'attribuzione del punteggio dipende dal confronto tra le offerte dei diversi concorrenti. La scelta del legislatore si pone in linea con il principio su cui si fondano le gare, vale a dire far emergere dal mercato le migliori condizioni di offerta.

Pertanto, l'eventuale adozione di formule diverse da quelle previste dal Regolamento, di tipo indipendente, devono seguire ad un'attenta analisi del mercato di riferimento, sulla base di quanto chiaramente affermato dalla giurisprudenza sopra citata; tali formule comportano infatti che la stazione appaltante debba effettuare una valutazione ex ante fissando aprioristicamente un parametro di riferimento per lo sconto massimo realizzabile in gara, restringendo di fatto il range di oscillazione degli eventuali sconti.

Per quanto riguarda i paventati rischi di accordi collusivi derivanti da formule interdipendenti, fermo restando che non e' possibile effettuare una valutazione di tali rischi in linea generale, ma occorre sempre analizzare il mercato di riferimento, si segnala che la letteratura economica, a partire dal seminal paper di Stigler del 1964 (che estende alle gare i principali risultati sulla collusione relativi ai casi di oligopolio), sostiene che la trasparenza, dal lato delle imprese, aumenta i rischi di collusione, in quanto vi e' un maggior controllo su ciascun partecipante al cartello. La trasparenza massima dal lato dell'offerta, si ha, ovviamente, proprio in quelle situazioni in cui e' noto ex ante il punteggio che verra' attribuito a ciascun concorrente (indipendentemente dal comportamento degli altri, compreso quello di un'eventuale impresa che decida di "rompere" il cartello). Pertanto, se, in determinati contesti, gia' favorevoli alla collusione, e' possibile ottenere esiti anticoncorrenziali anche in presenza di interdipendenza delle offerte, tali risultati potrebbero essere ancor piu' facilitati dall'assenza di incertezza sul punteggio conseguibile in relazione all'offerta presentata, come nel caso di utilizzo di formule indipendenti.

Per altro verso, occorre evitare che la graduatoria possa essere modificata artatamente da un concorrente a favore di un'altro. Cio' potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso di offerte "irrilevanti", ovvero quando qualcuno dei concorrenti presenta offerte contenute al fine di abbassare il valore medio, nel caso si utilizzi la formula bilineare, cio' al fine di far vincere un concorrente diverso (che offre prezzi inferiori) rispetto a quello che sarebbe risultato in assenza delle loro offerta (con un'offerta migliore per l'amministrazione). Al fine di scongiurare tali rischi si potrebbero utilizzare alcuni accorgimenti, come, considerati la qualita' e potenziale numero dei partecipanti alla gara, e/o il numero dei "lotti", prevedere nel bando che i punteggi conseguiti per l'offerta tecnica e per l'offerta economica non si modificano dopo l'apertura delle buste economiche anche se un concorrente ritira la sua offerta economica. Un'altra disposizione che puo' evitare il rischio di accordi collusivi e' quella che consente di stabilire una soglia di ammissibilita' delle offerte tecniche e qualitative. Tale previsione impedirebbe agli operatori che intendono presentare offerte economiche con ribassi elevati di partecipare alla gara. Va, infatti, ricordato che il valore soglia comporta la presentazione di un'offerta tecnica e qualitativa credibile, che ha sempre un costo per la sua preparazione e, pertanto, non puo' essere un'offerta di favore. Si suggerisce, quindi, di porre particolare attenzione all'utilizzo di meccanismi che, nel pieno rispetto delle disposizioni

contenute nel Regolamento, riducono o eliminano le criticita'.

4.2 La cd. "riparametrazione"

Un problema che si pone, nel procedere alla scomposizione di un criterio in sub criteri, e' quello della cosiddetta riparametrazione.

Per i criteri di valutazione riguardanti aspetti dell'offerta aventi natura quantitativa (per esempio ribasso sul prezzo posto a base di gara), all'offerta piu' conveniente per la stazione appaltante (per esempio ribasso piu' alto), e' sempre attribuito il coefficiente uno e, quindi, nel metodo aggregativo compensatore, il punteggio massimo previsto nel bando. Qualora non si procedesse nello stesso modo, attribuendo all'offerta tecnica e qualitativa piu' favorevole il coefficiente uno e, quindi, il massimo punteggio previsto nel bando, verrebbe alterato il rapporto prezzo/qualita' che la stazione appaltante ha stabilito nel bando.

In sostanza, se alla migliore offerta sul piano della qualita' non viene attribuito il coefficiente uno, aumenta, nel giudizio, il peso del prezzo, con una conseguente alterazione dell'obiettivo prefissato dalla stazione appaltante.

Tale procedura e' prevista dal Regolamento nell'allegato "M", che riguarda l'affidamento dei servizi tecnici, ed e' stata confermata, piu' volte, dalla giurisprudenza, anche con riferimento ad affidamenti di lavori, concessioni, forniture ³¹.

³¹ Cfr. T.A.R. Toscana, sentenza n. 1175/2006; T.A.R. Puglia, Lecce, sentenza n. 1674/2007; T.A.R. Puglia, sentenza n. 1675/2007.

L'allegato stabilisce che "qualora il bando preveda la suddivisione dei criteri di cui al comma 5, lettere a) e b) dell'articolo 266 in sub-criteri e sub-pesi, i punteggi assegnati ad ogni soggetto concorrente in base a tali sub-criteri e sub-pesi vanno riparametrati con riferimento ai pesi previsti per l'elemento di partenza" ³².

³² In particolare, il Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3716/2009 ha affermato che "non merita positiva valutazione neanche la successiva censura con la quale si contesta la lettera d'invito nella parte in cui prevede che alla ditta che avra' ottenuto la massima valutazione dell'offerta tecnica, come sommatoria dei parametri di qualita', verranno attribuiti 50 punti, mentre gli altri concorrenti otterranno punteggi inferiori e determinati proporzionalmente. Si tratta del criterio della c.d. "riparametrazione", che risponde all'esigenza di garantire il rispetto dei dettami del capitolato, assicurando un rapporto invariabile tra qualita' e prezzo (nel caso di specie erano previsti 50 punti per la qualita' e 50 punti per il prezzo), e che viene anche indicato dal D.P.R. n. 554/1999 come metodo di calcolo per il punteggio da assegnare agli incarichi di progettazione. Si deve preliminarmente convenire con il Primo Giudice sulla carenza di interesse alla coltivazione della censura in ragione del mancato superamento della prova di resistenza. Dall'esame degli atti di causa si evince infatti che, anche senza il ricorso alla riparametrazione, il Consorzio C.N.S. si sarebbe comunque aggiudicato la gara per i lotti 1 e 2; di qui il difetto dell'appellante a stigmatizzare un preteso "effetto distorsivo" innescato da "un sostanziale schiacciamento dei punteggi che penalizza i concorrenti portatori di ribassi considerevoli"... "sotto un secondo, decisivo, aspetto, che la riparametrazione assolve alla non irragionevole esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo ed il fattore qualita' (nel caso di specie erano previsti 50 punti per la qualita' e 50 per il prezzo) in modo che, in relazione ad entrambe le

componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte. A questa stregua, il criterio in parola risponde al fine di stabilire la proporzione tra i punteggi riportati da ogni impresa dopo che il punteggio massimo assegnato all'impresa classificatasi piu' favorevolmente sia stato elevato a 50. Tale esigenza e' d'altronde tenuta presente n in tema di appalti di lavori ma sulla scorta di un principio estensibile anche alla materia in esame n dalla disciplina di cui all'allegato E del d.P.R. n. 554/1999, che, in tema prevede per l'appunto la riparametrazione dei punteggi relativi agli elementi qualitativi dell'offerta".

Anche l'Autorita' ha richiamato l'attenzione sull'applicazione di tale regola (determinazione n, 1/2009; determinazione n. 4/2009). Il principio della riparametrazione e' presente nell'allegato "G" al Regolamento: da tale allegato, si rileva che per ogni criterio e, quindi, per ogni sub criterio, qualsiasi sia il metodo di determinazione dei coefficienti all'offerta di maggior valore il coefficiente da attribuire e' sempre pari ad uno. Nella tabella che segue, un esempio di utilizzo della riparametrazione.

Parte di provvedimento in formato grafico

Nel caso specifico, il bando prevede che al criterio n. 1 sia attribuito un punteggio massimo di punti 20. Come si evince dalla tabella, la commissione attribuisce il punteggio piu' elevato di 15,325 all'offerta A. Di conseguenza, a nessuna offerta viene attribuito il punteggio massimo previsto dal bando e, cioe', 20 punti e, cio', a discapito di quanto previsto nel bando stesso e, cioe', che alla migliore offerta vengano appunto attribuiti 20 punti. Il modo di ristabilire quanto voluto dalla stazione appaltante nel bando e, quindi, l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti nel bando, e' operare la riparametrazione. Si attribuisce, cosi', alla migliore offerta il punteggio massimo (20) e, proporzionalmente, il punteggio a tutte le altre.

Per mezzo di questa operazione, l'offerta A rimane, comunque, la prima in graduatoria per quel criterio, ma, evidentemente, quel punteggio finale acquisito puo' avere un effetto differente sulla graduatoria finale, che somma anche il punteggio relativo al prezzo. In sintesi, con la riparametrazione, i punteggi relativi alla qualita' hanno lo stesso peso che viene dato al prezzo, mentre, senza la riparametrazione, per effetto delle formule matematiche previste dal Regolamento (che correttamente attribuiscono sempre il massimo punteggio al ribasso piu' alto) il prezzo pesa, di fatto, relativamente di piu' della qualita'.

Occorre rammentare, infine, che il giudizio operato dalla commissione non e' di tipo assoluto, bensì di tipo relativo: se ad un'offerta viene assegnato il punteggio massimo, questo non vuol dire che la stessa costituisce la migliore offerta in assoluto presente sul mercato, ma significa che detta offerta e' la migliore offerta presentata in una data procedura di gara e valutata da una data commissione.

Riparametrare l'offerta migliore ad un coefficiente pari ad uno e, conseguentemente, tramite proporzione lineare, le altre offerte, risulta essere il metodo migliore anche per la valutazione dell'anomalia, in quanto, a monte, una valutazione di tipo assoluto permetterebbe alla commissione di eluderla, gia' in fase d'esame delle offerte tecniche, potendo la stessa optare per valutazioni che cadano tutte al di sotto della soglia prevista dal'art. 86 comma 2

del Codice.

4.3 La seconda fase: la formazione della graduatoria

Alla luce di quanto previsto nell'allegato "G" e nell'allegato "P", del Regolamento, la seconda fase della procedura di valutazione comporta la formazione della graduatoria, applicando il metodo previsto negli atti di gara. La determinazione si effettua sulla base dei coefficienti (variabili tra zero ed uno) attribuiti (previa riparametrazione qualora i criteri di valutazione siano suddivisi in sub-criteri).

In concreto, dopo che la commissione giudicatrice ha effettuato le valutazioni tecniche (confronto a coppie con tabella triangolare oppure con matrice quadrata, oppure coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari), trasformato questi valori in coefficienti ed attribuito i coefficienti agli elementi quantitativi, occorre, attraverso i medesimi coefficienti, determinare, per ogni offerta, un dato numerico finale atto ad individuare l'offerta migliore.

Come già evidenziato nei precedenti paragrafi, il Regolamento, a questo fine, fa riferimento a metodi multicriteri e multiobiettivi, quali l'aggregativo compensatore, l'electre, il topsis, l'evamix. Nessun metodo è in assoluto il migliore.

4.3.1 Il metodo aggregativo compensatore

Il metodo maggiormente utilizzato dagli operatori è quello aggregativo compensatore, in quanto facilmente comprensibile. Tale metodo prevede che la migliore offerta sia quella del concorrente che consegue la somma maggiore dei punteggi, ottenuti moltiplicando, per ogni criterio di valutazione, il peso o punteggio del criterio per il relativo coefficiente attribuito al concorrente.

In formula:

$$P_i = C_{ai} * P_a + C_{bi} * P_b + \dots C_{ni} * P_n$$

dove

P_i = punteggio concorrente i

C_{ai} = coefficiente criterio a , del concorrente i ;

C_{ni} = coefficiente criterio n , del concorrente i ;

P_a = peso criterio a

P_n = peso criterio n

Il metodo presenta tuttavia alcuni inconvenienti: nei casi in cui siano presenti tanto criteri di valutazione quantitativi (e, quindi, misurabili) che criteri qualitativi non tangibili (e, quindi, non misurabili), gli aspetti economici potrebbero pesare in misura relativamente elevata, anche se in assoluto, cioè in entità di euro, gli scarti fra le offerte sono modesti. In altri termini, nel caso in cui vi siano ribassi non elevati e con differenze piccole tra le offerte, l'utilizzo della formula lineare comporta che le differenze tra i punteggi siano molto elevate e, cioè, non rispecchia le differenze tra le offerte in termini di risparmio economico per la stazione appaltante. La conseguenza pratica è che può vincere la gara il concorrente che, in termini assoluti, offre un prezzo di poco più economico ma che, per effetto della formula lineare, consegue un punteggio molto elevato, tanto da ribaltare la graduatoria degli aspetti qualitativi. Pertanto, potrebbe risultare migliore un'offerta che, sul piano della qualità, aveva conseguito un punteggio non elevato, ma che riesce a colmare il gap per effetto dell'elevato

punteggio conseguito per l'offerta economica, senza che essa corrisponda un' effettiva rilevante riduzione dei costi per la stazione appaltante, in quanto i ribassi offerti erano di per se stessi contenuti.

Una simile conseguenza puo', pero', derivare da vari fattori, che devono essere presi in considerazione quando si predispongono gli atti di gara. Anzitutto, se la stazione appaltante ritiene necessaria una maggiore considerazione degli aspetti qualitativi, deve attribuire un peso relativamente poco elevato al prezzo. Inoltre, come e' stato piu' volte sottolineato e come e' stato chiarito nel paragrafo precedente, si deve garantire che non venga alterato il rapporto prezzo/qualita' che la stazione appaltante ha fissato nel bando, attraverso la cosiddetta riparametrazione, la cui effettuazione si suggerisce sia prevista negli atti di gara. In sostanza, se alla migliore offerta sul piano della qualita' non viene attribuito il massimo punteggio, aumenta, nel giudizio, il peso del prezzo, con una conseguente alterazione dell'obiettivo della stazione appaltante. Inoltre, e' possibile prevedere una soglia di sbarramento per gli elementi qualitativi ed inserire la formula bilineare prevista nell'allegato "P".

Tali aspetti sono, quindi, da prendere tutti in considerazione, attraverso una valutazione ex ante in relazione alla complessita' dell'appalto.

4.3.2 Il metodo electre

Una efficace soluzione agli inconvenienti sopra evidenziati risiede nell'utilizzo di metodi diversi da quello aggregativo compensatore, come il metodo electre (Elimination and Coice Traslating

Reality). La ragione di tale differenza e' dovuta al fatto che il metodo aggregativo compensatore si fonda sul principio che una carenza risposta ad un criterio di valutazione puo' essere compensata da un'elevata risposta ad un altro criterio di valutazione, mentre il metodo electre non ammette tale compensazione. Il metodo electre e' un metodo di aiuto alle decisioni fondato sul principio del surclassamento. In termini operativi, il principio del surclassamento prevede che, date due alternative A e B, si puo' affermare che A surclassa B qualora:

a) esiste una sufficiente maggioranza di criteri di valutazione rispetto ai quali si puo' asserire che l'alternativa A e' preferibile o indifferente rispetto alla alternativa B;

b) per nessuno dei criteri di valutazione non appartenenti a questa maggioranza di criteri, l'alternativa B risulta ampiamente preferibile all'alternativa A.

Tale principio e' stato studiato proprio per evitare fenomeni compensativi. Il metodo e' illustrato nell'allegato "G" del Regolamento, nel quale sono riportate tutte le formule necessarie per applicarlo e nel "Quaderno sul criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa" pubblicato sul sito dell'Autorita', che ne esemplifica l'utilizzo.

Nel caso in cui la stazione appaltante decida di utilizzare il metodo electre, sono necessari alcuni accorgimenti procedurali.

In primo luogo, si chiarisce che il metodo electre, limitatamente alle offerte relative a criteri di valutazione di natura quantitativa o di natura qualitativa misurabili, puo' essere applicato anche senza procedere preliminarmente alla trasformazione dei relativi valori in coefficienti variabili tra zero ed uno, in quanto il metodo puo' essere applicato sulla base dei valori assoluti delle offerte.

In secondo luogo, per quanto riguarda l'eventuale previsione della soglia di sbarramento, i documenti di gara devono prevedere che non sono ammessi alla seconda fase della procedura i concorrenti che non abbiano conseguito, per specifici criteri di valutazione qualitativi

e previa riparametrazione qualora i criteri siano suddivisi in sotto criteri, un valore minimo dei coefficienti.

Si precisa, poi, che la soglia di anomalia prevista dall'articolo 86, comma 2, del Codice non è in questo caso calcolabile, dal momento che la graduatoria delle offerte non è costruita sulla somma dei punteggi, ma sulla somma degli indici unici di dominanza; pertanto, ancorché non previsto nei documenti di gara, la stazione appaltante può eventualmente applicare il comma 3 dell'articolo 86 del Codice, procedendo alla verifica di congruità ove ne ricorrano i presupposti³³.

³³ La formula finale della procedura del metodo electre illustrata nell'allegato "G" del Regolamento contiene un errore materiale; gli indici "k" ed "n" presenti nella formula "Pi" devono intendersi rispettivamente "j" ed "r".

Infine, si riporta nella tabella seguente un esempio di applicazione del metodo electre, ipotizzando ribassi di entità diverse, ma con scarti fra di loro uguali ed uguale scarto massimo.

Come si vede, la graduatoria è la stessa se il ribasso massimo è pari a 25% oppure è pari a 8% purché siano uguali lo scarto fra i ribassi e lo scarto massimo. In sostanza, il contributo del ribasso offerto all'assetto della graduatoria è indipendente dal ribasso massimo, ma dipende dagli scarti esistenti fra i ribassi offerti.

Parte di provvedimento in formato grafico

Se si fosse applicato, invece, il metodo aggregativo compensatore, nel caso di ribassi del 25% e del 21% (lo scarto fra i ribassi è pari a 4%), ipotizzando come peso 30 e come ribasso massimo 25%, al ribasso pari a 21% in base alla formula $[(R_i / R_{max}) * 30]$ spetterebbero 25,2 $[(21/25)*30]$ punti; nel caso, invece di ribassi pari a 8% ed a 4% (lo scarto fra i ribassi è sempre pari a 4%) ipotizzando come peso 30 e come ribasso massimo 8%, al ribasso pari a 4% spetterebbero 15 $[(4/8)*30]$ punti. Come si vede, pur essendo lo scarto uguale, e, quindi, pur avendo una identica comporta riduzione di costo per la stazione appaltante, i punteggi per i concorrenti sono notevolmente diversi.

4.3.3 Il punteggio assoluto

Si sottolinea, infine, che, fra i criteri previsti dalla letteratura scientifica, l'allegato "P" indica anche il metodo del cosiddetto punteggio assoluto. Tale metodo, pur rientrando fra i metodi di analisi multicriteri o multiobiettivi, è fondato su attribuzioni dei punteggi su base tabellare. In sostanza, è il metodo aggregativo compensatore applicato sulla base di punteggi tabellari e, cioè, di una tabella che mette in rapporto specifici aspetti qualitativi e quantitativi con specifici coefficienti. Il Regolamento richiama tale metodo solo nell'allegato "P", non nell'allegato "G" o nell'allegato "M". La ragione va ricercata nel fatto che esso non può essere applicato quando i criteri qualitativi comportano valutazioni di natura soggettiva e non oggettiva. L'attribuzione di punteggi su base tabellare, infatti, è ammissibile per le forniture e per alcuni servizi cui fa riferimento l'allegato "P". mentre non può mai essere utilizzata per i lavori o per i servizi tecnici, che normalmente prevedono valutazioni di natura soggettiva.

In questo caso, il coefficiente zero riguarda, come in qualsiasi metodo di analisi multicriteri o multiobiettivi, l'offerta il cui

impatto e' il minimo oggettivamente possibile, oppure l'offerta risulta uguale a quella posta a base di gara, mentre il coefficiente uno riguarda l'offerta che presenta un impatto, nei riguardi dell'obiettivo o criterio di valutazione in esame, pari o superiore ad un determinato valore, stabilito nei documenti di gara. Occorre, tuttavia tenere presente che anche in questo caso il coefficiente uno deve essere sempre conseguibile e cio' condiziona la formula di determinazione del coefficiente per l'attribuzione del punteggio per l'offerta economica che deve consentire di poter conseguire comunque il coefficiente uno. Cio' non si verifica con formule diverse da quelle del Regolamento.

Per esempio, la formula definita "lineare semplice" che prevede che il punteggio economico attribuito all'offerta del concorrente *i*esimo cresce in maniera proporzionale rispetto al ribasso offerto. ($PE_i = PE_{max} * R_i$) comporta che il punteggio massimo sarebbe, attribuito al concorrente che ha offerto il ribasso del 100% e il punteggio zero a chi ha offerto ribasso zero, cioe' non ha offerto ribasso. Il ribasso del 100% e' sicuramente anomalo. Tale formula, quindi, oltre a non rispettare il principio che al concorrente che ha offerto la migliore offerta economica (ribasso massimo o prezzo minore) spetti il punteggio massimo, altera i rapporti che la stazione appaltante ha stabilito fra aspetti economici e aspetti qualitativi. Il rapporto non sarebbe quello stabilito dalla stazione appaltante ma quello discendente dal massimo ribasso offerto. Se il ribasso fosse pari al 20% il punteggio attribuito per il prezzo sarebbe pari al 20% di quanto stabilito nel bando. Gli aspetti qualitativi peserebbero, quindi, l'80% in piu'.

Nel seguente quadro si riporta un esempio di una tabella che mette in rapporto specifici aspetti qualitativi e quantitativi con specifici coefficienti necessaria per determinare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa applicando la procedura del punteggio assoluto. Si tratta di un esempio di tabella relativa ad un appalto di forniture di computer. Nella tabella si ipotizza che per determinare i coefficienti per le proposte migliorative si possa impiegare sia una procedura tabellare, sia la procedura del confronto a coppie. In questo secondo caso vi sara' sempre un concorrente a cui sara' attribuito il coefficiente uno.

Parte di provvedimento in formato grafico

Come si vede dalla tabella determinando i punteggi per l'offerta economica con la formula definita "lineare semplice" al ribasso massimo non e' attribuito il massimo punteggio. Si suggerisce, quindi, di applicare anche nel caso del metodo del "punteggio assoluto" le formule del Regolamento. Sempre nell'esempio citato, per il criterio "proposte di miglioramenti tecnici", per il quale e' prevista la valutazione discrezionale, occorre prevedere nel bando dettagliati criteri motivazionali (si veda supra).

In base a quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il relatore
Piero Calandra

Il Presidente f.f.
Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 dicembre 2011.

Il Segretario
Maria Esposito