

# Nell'offerta più vantaggiosa entrano anche le esigenze sociali e la tutela dell'ambiente

Il nuovo regolamento generale (Dpr 207/2010) prevede che le stazioni appaltanti, nella definizione dei criteri di valutazione tengano conto anche delle esigenze sociali e di quelle di tutela dell'ambiente e della salute.

**I**l criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa viene utilizzato quando la valutazione dell'offerta si fonda su un mix di elementi quantitativi e qualitativi. Tali elementi, che concorrono appunto a individuare l'offerta aggiudicataria, devono essere preventivamente indicati nel bando di gara.

## Una scelta discrezionale

La loro scelta è lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante, che sotto questo profilo deve ritenersi molto ampia. Se infatti è vero che l'articolo 83, comma 1, del Dlgs 163 fa un'elencazione degli elementi che più comunemente vengono in rilievo ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è altrettanto vero che la stessa norma qualifica l'elencazione come effettuata a titolo meramente esemplificativo. Il che lascia liberi gli enti appaltanti di enucleare elementi anche diversi da quelli individuati dal legislatore.

L'unico vincolo essenziale è che gli elementi – denominati anche criteri – devono essere esplicita-

mente indicati nel bando. Anzi, l'indicazione deve essere ancora più puntuale, riguardando anche gli eventuali sub criteri. Neanche l'individuazione di questi ultimi può essere demandata alla commissione di gara, a cui non può essere riconosciuto alcun potere in tal senso (Tar Lazio, sezione II-quater, sentenza

**Gli enti appaltanti possono individuare elementi diversi da quelli indicati dal legislatore: devono inserirli nel bando**

2 febbraio 2011, n. 987). Inoltre, sempre nel bando l'ente appaltante deve indicare anche il peso ponderale attribuito a ciascun criterio ed eventualmente sub criterio, che si traduce nella definizione di punteggi e sub punteggi attribuiti a ciascuno di essi. Tali punteggi, riferiti all'insieme dei criteri e sub criteri

individuati, devono essere complessivamente pari a cento (in questo senso gli articoli 83, commi 2 e 4, del Dlgs 163 e 120, comma 1, del Dpcm 207/2010).

È anche contemplata l'ipotesi in cui l'ente appaltante non sia in grado di stabilire tramite la propria organizzazione interna i criteri e sub criteri accompagnati dai punteggi e sub punteggi. Si deve trattare evidentemente di appalti che si contraddistinguono per la loro specificità e complessità, che non rende agevole procedere all'individuazione sopra richiamata. In questo caso, è possibile che l'ente appaltante nomini uno o più esperti con il compito specifico di redigere i criteri, i punteggi e le relative specificazioni che saranno successivamente inseriti nel bando (articolo 83, comma 4).

## Pesi ponderali e punteggi

Come detto la regola è che ciascun criterio sia accompagnato dal peso ponderale a esso attribuito che si traduce nella individuazione del punteggio che vi si collega. È tuttavia ammessa anche un'eccezione a questa regola. Si

tratta dell'ipotesi in cui l'ente appaltante ritenga impossibile procedere alla ponderazione per ragioni dimostrabili. In questo caso può limitarsi a indicare nel bando l'ordine decrescente di importanza dei criteri (articolo 83, comma 3). In sostanza in questa ipotesi i concorrenti non sanno preventivamente quanto varrà, in termini di peso ponderale e relativo punteggio, un determinato criterio, con la conseguenza che ogni valutazione sul rilievo di ciascun criterio sarà effettuata *ex post*, al di fuori di ogni regola prefissata.

Va rilevato a questo proposito che non appaiono di immediata evidenza i casi in cui vi sia un'oggettiva impossibilità di individuare pesi ponderali e punteggi dei criteri, posto che si tratta di un'operazione che mira a tradurre in termini matematici l'importanza relativa che, in un determinato appalto, hanno i criteri medesimi.

D'altro canto, è indubbio che questo modo di procedere lascia all'ente appaltante una vastissima discrezionalità in sede di valutazione dell'offerta, con conseguente spazio per contestazioni. Sotto questo profilo, va evidenziato che già il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, implicando comunque la valutazione degli elementi individuati e che dovranno essere evidenziati nell'offerta, comporta un indubbio margine di discrezionalità in sede di applicazione. Proprio per cercare di limitare tale discrezionalità il legislatore ha introdotto il sistema fondato sui pesi ponderali e relativi punteggi; ne consegue che se tale sistema non trova applicazione, la discrezionalità si riepandeva in maniera significativa, con gli inevitabili inconvenienti anche in relazione al possibile contenzioso.

#### **Esigenze sociali e ambientali**

In merito alle modalità di utilizzo del criterio di aggiudicazione in esame, il regolamento ha introdotto una disposizione specifica in

merito alla 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 l'articolo 120, comma 1 stabilisce che:

a) ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali la stazione appaltante si possa attenere ai criteri di tutela ambientale fissati dal decreto del ministero dell'Ambiente dell'11 aprile 2008;

b) ai fini del contenimento dei consumi energetici il riferimento è a criteri che dovranno essere individuati con decreto del ministro delle Infrastrutture, di concerto con il ministro dell'Ambiente e con quello dello Sviluppo economico;

### **Nomina e costituzione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte**

c) ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, gli enti appaltanti hanno facoltà di concludere protocolli di intesa con soggetti pubblici aventi competenza in materia di salute, sicurezza, previdenza e ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali. Tali protocolli mirano evidentemente a enucleare parametri che possono essere utilizzati nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Lo stesso articolo 120 contiene anche una disposizione specifica riferita all'appalto integrato. Qualora si ricorra a tale istituto viene infatti sancito l'obbligo di assegnare un peso ponderale non inferiore a 65 punti su 100 agli elementi dell'offerta riferiti alla qualità, al

pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e a quelle ambientali. Ciò con l'evidente obiettivo di dare un rilievo premiale, ai fini dell'aggiudicazione, ai profili qualitativi del progetto presentato in sede di offerta.

#### **La commissione giudicatrice**

Il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa porta con sé, come effetto naturale, che la scelta della migliore offerta avvenga a opera di una commissione giudicatrice. Secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza, la commissione si qualifica come un organo straordinario dell'ente appaltante cui è demandato il compito di porre in essere tutte le operazioni necessarie per arrivare all'aggiudicazione provvisoria. Va peraltro segnalata una interessante quanto originale pronuncia del giudice amministrativo che ha ammesso la possibilità che l'offerta economica sia aperta a opera del responsabile del procedimento, dopo che la commissione di gara abbia completato la valutazione dell'offerta tecnica (Consiglio di Stato, sezione V, decisione 13 ottobre 2010, n. 7470).

La commissione viene nominata dall'organo dell'ente appaltante competente a effettuare la scelta finale del soggetto affidatario del contratto, che ha cioè i poteri per procedere all'aggiudicazione definitiva. La nomina e la conseguente costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (articolo 84, comma 10, Dlgs 163). Questa previsione è dettata nella logica di evitare che i concorrenti possano conoscere prima della presentazione delle offerte i nominativi dei soggetti che le valuteranno. Va tuttavia rilevato che se l'intento perseguito è quello di impedire ogni possibile influenza dei concorrenti sui commissari, non sembra che esso possa essere raggiunto con la disposizione in esame, posto che il processo di valuta-

zione delle offerte si svolge in un arco temporale esteso, ragione per cui non rileva che i nominativi dei componenti della commissione non siano noti al momento della presentazione dell'offerta.

La commissione può essere composta da tre o cinque membri che devono essere scelti tra esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (articolo 84, comma 2).

Quanto alla provenienza dei componenti, vi è una sostanziale differenza tra il presidente e gli altri membri. Il presidente, infatti, deve essere sempre scelto all'interno dell'ente appaltante. Esso sarà di norma un dirigente dello stesso ente, solo in caso di mancanza in organico, potrà essere un funzionario che sia incaricato di funzioni apicali (comma 3).

Per gli altri componenti, invece, pur vigendo anche in questo caso il principio generale che essi devono essere scelti tra funzionari della stazione appaltante, vi è la possibilità, legata a particolari ipotesi, che gli stessi siano selezionati dall'esterno.

Il Dlgs 163 stabilisce che tale possibilità è condizionata al ricorso di alcune circostanze. La prima è rappresentata dalla carenza di organico della stazione appaltante, rispetto alla quale il comma 3 dell'articolo 120 del regolamento stabilisce che essa deve essere accertata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice e che l'atto di nomina del membro esterno deve determinare anche il relativo compenso e il termine di espletamento dell'incarico, che può essere prorogato una sola volta per giustificati motivi.

Il regolamento individua inoltre, in attuazione di quanto stabilito dal codice dei contratti, le altre ipotesi - oltre a quella di carenza di organico - che rendono possibile il ricorso a componenti esterni. Esse vengono indicate nella sussistenza di lavori di speciale complessità,

## UN NUMERO PER L'OFFERTA TECNICA

**In base a quanto previsto dall'articolo 120, comma 2, del regolamento, la commissione di gara procede, in una o più sedute riservate, all'attribuzione dei punteggi sulla base dei criteri e dei parametri indicati nel bando. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle offerte economiche e, calcolato il punteggio complessivo delle offerte, attiva il procedimento di verifica di anomalia ovvero fa luogo all'aggiudicazione provvisoria. Quanto alla valutazione dell'offerta tecnica, costituisce orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente quello che ammette che tale valutazione si espliciti anche attraverso un semplice numero, purché i criteri prefissati nel bando siano sufficientemente dettagliati da consentire di comprendere l'iter logico attraverso il quale l'amministrazione è giunta a un certo grado di giudizio (Consiglio di Stato, sezione V, decisione 1° ottobre 2010, n. 7266).**

secondo la definizione contenuta all'articolo 3, comma 1, lettera l) del regolamento (complessità architettonica e ambientale, generica complessità dell'opera ecc.), ovvero di lavori di importo superiore a 25 milioni di euro, in cui assumano un rilievo non usuale le componenti architettonica, strutturale o impiantistica (comma 4).

In caso di ricorso a componenti esterni la scelta deve cadere su funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici ovvero su soggetti appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali; b) professori universitari di ruolo. Ai fini della scelta devono essere istituiti degli elenchi, formati sulla base di rose fornite rispettivamente dagli ordini professionali e dalle facoltà di appartenenza. Tali elenchi sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale.

Sempre in tema di commissione di gara vanno segnalate alcune disposizioni in tema di incompatibilità, contenute all'articolo 84. La prima si riferisce ai componenti diversi dal presidente, per i quali è previsto il divieto di svolgere o di aver svolto in passato qualunque altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto oggetto di affidamento

(comma 4). Viene così disegnata un'area molto ampia di incompatibilità, di cui peraltro non è agevole individuare la *ratio*, posto che anzi l'aver partecipato alla "costruzione" del contratto oggetto di affidamento potrebbe essere considerato un valore aggiunto piuttosto che un elemento perturbante in sede di valutazione delle relative offerte.

La seconda causa di incompatibilità riguarda coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore, per i quali è vietata la nomina a commissario per l'affidamento di contratti di competenza delle relative amministrazioni (comma 5). In questo caso viene sancita una sorta di incompatibilità tra incarico politico-amministrativo e svolgimento di funzione tecnica.

Infine, non possono essere nominati commissari coloro che, sempre come membri di una commissione, abbiano concorso con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale all'approvazione di atti dichiarati illegittimi (comma 6). Ipotesi di non facile lettura, specie in relazione alla difficoltà di individuare il dolo o la colpa grave nell'ambito di un giudizio di legittimità amministrativa.

R.M.