**L’aggiudicazione degli appalti pubblici nel d.lgs. n. 50 del 2016 - prime considerazioni[[1]](#footnote-1)**

Sommario

[1. Introduzione. Gli appalti pubblici come strumento di politica economica, ambientale e sociale 1](#_Toc453673638)

[2. Aspetti di maggiore rilievo nella nuova disciplina europea dell’aggiudicazione, contenuta nella direttiva 2014/24 3](#_Toc453673639)

[2.1 Quali criteri ? 4](#_Toc453673640)

[2.2 I limiti alla scelta del criterio 4](#_Toc453673641)

[2.3 Aspetti relativi alla valutazione della qualità 6](#_Toc453673642)

[2.4 Garanzie. Pesi dei criteri e forcella 9](#_Toc453673643)

[2.5 Varianti in offerta 10](#_Toc453673644)

[3. La legge-delega per il recepimento della direttiva (l. n. 11/2016) 11](#_Toc453673645)

[3.1 I criteri di aggiudicazione e la scelta di quello da applicare nei singoli casi 11](#_Toc453673646)

[3.2 Considerazioni non strettamente mercantili nell’aggiudicazione in base al rapporto qualità/prezzo 13](#_Toc453673647)

[3.3 Altre previsioni 14](#_Toc453673648)

[4. L’aggiudicazione degli appalti nel codice, di cui al d. lgs. n. 50/2016 15](#_Toc453673649)

[4.1 Disposizioni generali 15](#_Toc453673650)

[4.2 Criteri di aggiudicazione e relativa scelta nei singoli casi 15](#_Toc453673651)

[4.3 Indicatori di qualità 17](#_Toc453673652)

[4.4 Dettagli applicativi 19](#_Toc453673653)

[4.5 Non-aggiudicazione 20](#_Toc453673654)

[4.6 Varianti in offerta 20](#_Toc453673655)

[4.7 Segue. Le varianti in offerta e le procedure approvative dei progetti di lavori 23](#_Toc453673656)

[5. Conclusioni 24](#_Toc453673657)

# 1. Introduzione. Gli appalti pubblici come strumento di politica economica, ambientale e sociale

La direttiva 2014/24 segna una nuova tappa importante entro un percorso di profondo mutamento di scenario realizzatosi nell’ambito dei pubblici appalti.

Il punto di partenza dell’evoluzione può essere individuato nel lontano impianto della legge e del regolamento di contabilità di Stato, fra gli anni 1923 e 1924.

In questa disciplina la prospettiva è tutta centrata sugli interessi dell’amministrazione ad una committenza efficiente, sia pure entro la legalità e con alcune garanzie di imparzialità.

Notoriamente all’epoca le aspirazioni delle imprese desiderose di contrattare con i soggetti pubblici sono inquadrate come interessi legittimi, tutelati “di riflesso” nella misura in cui corrispondono all’interesse pubblico, senza alcun diritto al risarcimento dei danni anche in caso di atti illegittimi.

E’ altrettanto risaputo che, con lo sviluppo progressivo delle direttive europee nel settore degli appalti, emerge un differente orientamento della disciplina di settore, che mira anche all’apertura dei mercati ed alla concorrenza, per la realizzazione dei principi fondamentali (all’inizio strettamente mercantili) dei Trattati.

Gli interessi dell’amministrazione sono destinati a trarne beneficio indirettamente, nel senso che da un assetto realmente concorrenziale dei mercati sul lato dell’offerta, indotto dalle regole stabilite per le procedure di aggiudicazione, ci si attende in via generale l’emersione di condizioni favorevoli per acquisti convenienti da parte dei soggetti pubblici.

Gli interessi delle imprese nelle procedure di aggiudicazione vengono così ad essere protetti direttamente, sia pure in chiave di strumentalità rispetto alla realizzazione dei principi sistemici posti a base dei Trattati.

Il perfezionamento di tale percorso si ha con le direttive cd. ricorsi, che impongono forme particolarmente incisive di tutela delle imprese e determinano la risarcibilità, nei loro confronti, delle violazioni del diritto europeo.

Il sistema assicura quindi non soltanto l’interesse dei soggetti aggiudicatori alla convenienza dei loro acquisti, ma anche l’esigenza che nel settore del *public procurement* (come in ogni altro ambito di attività economica) si realizzino le libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi e, con esse, l’effettiva concorrenza.

In seguito il diritto europeo si evolve ancora. Sopraggiunge la politica ambientale comune, che deve essere integrata nelle altre, e così la disciplina europea degli appalti diviene sensibile anche a tali aspetti, per concorrere a realizzare gli obiettivi dell’Unione riguardo all’ambiente.

Ne scaturiscono orientamenti anche notevolmente innovativi della giurisprudenza, come quello emerso in occasione dell’affidamento di un servizio di trasporto pubblico dei passeggeri, aggiudicato sulla scorta di specifiche ambientali riguardanti gli automezzi da impiegare tanto rigorose da risultare in possesso di un esiguo numero di operatori, fra cui un’impresa controllata dalla stessa stazione appaltante. Come è noto, la correlativa restrizione della concorrenza ha passato indenne il vaglio della Corte di giustizia (C-513/99, *Concordia Bus*).

Analogamente fanno ingresso nelle direttive le prime clausole volte a consentire anche il perseguimento di obiettivi di carattere sociale nell’ambito della committenza pubblica.

La direttiva 2014/24 si inserisce, come detto, in questo solco e compie un ulteriore passo.

Alquanto significativi sono alcuni dei “considerando”, nei quali si trovano le motivazioni fondamentali delle norme che vi sono contenute.

Il secondo “considerando”, ad esempio, evidenzia come gli appalti pubblici svolgano un ruolo fondamentale nella Strategia Europa 2020, illustrata nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, riguardante una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva.

Si auspica, attraverso gli appalti, una crescita dell’efficienza della spesa pubblica, anche in rapporto al facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche, nonché al conseguimento di obiettivi condivisi di valenza sociale.

Altri “considerando” pongono in risalto il ruolo attribuito agli appalti pubblici per stimolare l’innovazione, comprese l’ecoinnovazione e l’innovazione sociale (così il quarantasettesimo), e sottolineano l’importanza del rispetto, nel settore degli appalti, delle norme di tutela del lavoro e di carattere sociale, nonché delle norme ambientali (si vedano, ad esempio, il trentasettesimo e quelli successivi).

Emerge, quindi, una forte accentuazione di profili di perseguimento o tutela di interessi pubblici non mercantili e diversi dal tradizionale interesse proprio dell’amministrazione alla convenienza degli acquisti in sé considerati.

Si apre così la strada ad una nuova dimensione “politica” degli appalti pubblici (politica economica, ambientale e sociale), fra l’altro con implicazioni tutte da studiare, ad esempio riguardo al tema del riparto, nel nostro sistema giuridico, di compiti fra organi di governo ed organi di gestione ed all’interpretazione adeguatrice da fornire alle norme che realizzano tale riparto, fino al loro adeguamento.

Le scelte relative all’introduzione ed al dosaggio di tali aspetti nell’ambito dei singoli appalti non sembrano infatti riconducibili all’ambito strettamente gestionale, anche per la non necessaria consonanza dei diversi interessi pubblici che possono venire in rilievo (ad esempio, innovazione tecnologica vs. protezione sociale) ed è quindi lecito supporre che gli organi di governo possano recuperare un ruolo, quantomeno attraverso direttive generali.

# 2. Aspetti di maggiore rilievo nella nuova disciplina europea dell’aggiudicazione, contenuta nella direttiva 2014/24

Le brevi considerazioni dedicate all’inquadramento generale della direttiva 2014/24 si riflettono ampiamente, fra l’altro, nella disciplina che essa dedica all’aggiudicazione degli appalti, sulla quale si sofferma ora sinteticamente l’analisi.

## 2.1 Quali criteri ?

Riguardo ai criteri di aggiudicazione l’art. 67 della direttiva introduce innanzitutto una rivoluzione terminologica, modificando il significato del termine “offerta economicamente più vantaggiosa” che oggi, meglio aderendo al proprio significato comune, li comprende tutti.

Inoltre si assiste ad una maggiore articolazione all’interno di tale ambito.

Infatti quello che in passato era il criterio più semplice, legato al prezzo più basso, sembra ora evolversi in due possibili varianti e, quindi, in ultima analisi, in due criteri, dati rispettivamente dal mero prezzo, che il committente dovrà pagare alla sua controparte contrattuale a fronte della prestazione, e dal più ampio “costo”, che può comprendere anche la valutazione di componenti ulteriori come ad esempio tutti i costi, anche ambientali, legati al ciclo di progettazione e produzione, eventuale recupero e smaltimento che sta alla base dell’opera, della fornitura o del servizio, nonché in generale alle esternalità ed in particolare alle conseguenze ambientali che ne derivano (il funzionamento del criterio del ciclo di vita è più specificamente regolato dall’art. 68 della direttiva).

Si direbbe che sia rimesso alla discrezionalità dell’amministrazione il fatto di limitarsi alla valutazione del prezzo o, invece, considerare anche tutti i più ampi costi, che assumono carattere generale nel senso che (per effetto dell’esecuzione dell’appalto) sono destinati ad essere sopportati dalla collettività e non dalla sola amministrazione acquirente.

D’altra parte rimane il criterio che si appunta sulla valutazione congiunta di qualità e prezzo, nell’ambito del quale (come peraltro già in parte avveniva) la qualità è definita in modo tale da non essere limitata all’intrinseco pregio/funzionalità di ciò che il committente pubblico è destinato a ricevere nell’appalto e si può estendere invece, a sua volta, ai già richiamati aspetti generali, come l’impatto ambientale e sociale della prestazione, suscettibili di essere considerati anche a proposito del diverso criterio del “costo”.

Si configura, quindi, un ampio spazio di potenziale rilevanza degli aspetti non strettamente commerciali o mercantili nell’ambito della scelta della migliore offerta da parte della stazione appaltante, sia nell’aggiudicazione secondo il rapporto qualità/prezzo, sia nel caso del criterio del costo.

## 2.2 I limiti alla scelta del criterio

Le norme della direttiva che individuano i criteri di aggiudicazione hanno quali destinatari le amministrazioni.

Ciò significa (*rectius* significherebbe, per le ragioni in appresso illustrate) che ciascun committente pubblico possa scegliere, nel singolo caso, quale criterio concretamente adottare e come configurarlo. In passato questa discrezionalità è stata riconosciuta e protetta dalla Corte di Giustizia, nel nome della più piena possibilità di realizzazione della concorrenza, quando il legislatore italiano pretendeva di limitare l’aggiudicazione degli appalti di lavori al solo criterio del prezzo più basso (sentenza C-247/02, *Sintesi*). Il che, sia consentito ricordarlo per inciso, era preordinato alla moralizzazione del settore ed al contrasto della corruzione, cioè a finalità oggi ricondotte con enfasi al d. lgs. n. 50/2016 nel suo complesso che però, sul punto, contiene una disciplina ben diversa, che si avrà modo di esaminare fra breve.

In effetti, stando ad un’ulteriore previsione insita nell’art. 67 della direttiva, la suddetta discrezionalità delle amministrazioni nella scelta del modo in cui configurare in concreto il criterio nei singoli casi può essere limitata.

Viene con ciò in rilievo una clausola destinata agli Stati (anziché direttamente alle stazioni appaltanti), i quali “possono” limitare detta scelta, escludendo l’ammissibilità dell’aggiudicazione al prezzo o costo, o limitandone la possibilità di impiego per “determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o determinati tipi di appalto” (co. 2, ultimo periodo).

Dal novantesimo “considerando” si apprende che questa regola è volta ad incoraggiare il più possibile l’orientamento degli appalti pubblici alla qualità. Da ricordare anche il novantaduesimo, in cui è specificato che le amministrazioni dovrebbero essere indotte ad acquisti di “elevata qualità”.

Anche se è pure vero, come ricorda lo stesso novantesimo “considerando”, che la qualità può essere assicurata altresì per diversa via, cioè tramite un’opportuna formulazione delle specifiche tecniche e delle condizioni di esecuzione.

Aspetto, questo, che in effetti suggerirebbe di lasciare la scelta, per quanto possibile, alle stazioni appaltanti, in rapporto alle caratteristiche concrete dei singoli casi e dovrebbe essere adeguatamente considerato dagli Stati membri nell’adeguamento dei propri sistemi giuridici.

Degna di nota, nell’ambito dell’art. 67 della direttiva, è anche la previsione che consente assumere un prezzo o costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici si trovano a competere solo in base a criteri qualitativi (par. 2., penultimo periodo); peraltro in contraddizione con il novantesimo ed il novantaduesimo “considerando”, i quali parrebbero suggerire l’esatto contrario, ossia di vietare una considerazione esclusiva della qualità.

La facoltà di cui trattasi appare utilmente introdotta rispetto alla committenza pubblica, la cui spesa è finalizzata a soddisfare gli interessi pubblici nell’ambito delle risorse disponibili, perché consente di utilizzare al meglio queste ultime, che sono per natura destinate ad essere spese (sia pure secondo canoni di economicità ed efficienza) e non invece risparmiate. In pratica, si apre la possibilità di soddisfare nel modo qualitativamente migliore possibile, in base al mercato, gli interessi pubblici cui il contratto è finalizzato, con il più efficiente impiego di tutte le risorse effettivamente disponibili.

## 2.3 Aspetti relativi alla valutazione della qualità

L’art. 67 contiene esemplificazioni relative alla qualità valutabile ai fini dell’aggiudicazione.

Essa comprende, fra l’altro, aspetti ambientali e sociali, nonché legati all’innovazione, peraltro limitandosi ad indicarli genericamente e senza aggiungere dettagli.

Almeno sul tema ambientale rischia di determinarsi un’area di sovrapposizione fra la valutazione qualitativa, nel criterio qualità/prezzo, e la valutazione del “costo”, nell’omonimo criterio, con riguardo al ciclo di vita, di cui si è detto poc’anzi.

Si direbbe che, in caso di aggiudicazione con il sistema qualità/prezzo, sia possibile inglobare le valutazioni ambientali nel profilo qualitativo e limitare la valutazione economica al prezzo strettamente inteso, mentre se si aggiudica a prescindere dalla qualità, i profili ambientali possano comunque essere recuperati non guardandosi al solo prezzo bensì, più ampiamente, al “costo” connesso al ciclo di vita.

Volendo meglio comprendere in che cosa possano consistere gli aspetti, in particolare sociali ed ambientali, potenzialmente rilevanti, si può fare riferimento ad alcune ulteriori indicazioni insite nella direttiva.

Prima fra tutte si trova la condizione della “inerenza”, rispetto allo specifico contratto, dei criteri adottati per l’aggiudicazione; inerenza che può essere comunque intesa in senso alquanto lato, essendo previsto dalla direttiva che è soddisfatta per qualsiasi aspetto e qualsiasi fase del ciclo di vita, comprendendo aspetti esterni ai lavori, forniture e servizi (art. 67, par. 3).

Non a caso, il novantanovesimo “considerando” esemplificativamente chiarisce, sulla scorta del medesimo parametro (inerenza), l’ammissibilità di criteri di valutazione (come peraltro anche condizioni di esecuzione) incentrati su misure di tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, di promozione dell’integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili (es. disoccupati di lunga durata), purché in collegamento con l’oggetto dell’appalto.

Analogamente il novantottesimo consente misure volte a promuovere l’uguaglianza di uomini e donne sul lavoro, la maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro, la conciliazione fra lavoro e vita privata.

Non sono invece contemplate, in questo contesto, misure di conservazione rigida degli occupati in un appalto, al momento dell’avvicendamento fra gestori.

Un altro corollario del requisito dell’inerenza (del concreto criterio di aggiudicazione rispetto al contratto), anche nel caso di valutazione di tematiche ambientali e/o sociali nella gara, risulta dal novantasettesmo “considerando”. Questo esplicita l’impossibilità, dunque il divieto, di includere criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale di un concorrente o la sua politica di responsabilità sociale o ambientale.

Un diverso ed ulteriore aspetto della valutazione qualitativa, che in passato ha dato origine a controversie, è quello legato alla distinzione fra i requisiti soggettivi dei concorrenti, da un lato, ed i criteri oggettivi di valutazione delle loro offerte, dall’altro.

E’ noto che la Corte di Giustizia si era espressa nel senso di una separazione netta fra i due ordini, giudicando contrario al diritto europeo un criterio di aggiudicazione che, sul piano della qualità, avesse premiato caratteristiche soggettive del concorrente (sentenza C-532/06, *Lianakis*).

L’estrema rigidità di tale posizione era stata in parte mitigata, dapprima in Italia, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che aveva ritagliato alcune possibili eccezioni, dando vita ad un orientamento secondo il quale la facoltà della stazione appaltante di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo concernenti, cioè, la specifica attitudine del concorrente − anche sulla base di analoghe esperienze pregresse − a realizzare lo specifico progetto oggetto della selezione, potrebbe considerarsi legittima nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta, in quanto il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente dovrebbe avere un'applicazione per così dire "attenuata", alla luce del principio di proporzionalità (così, ad esempio, Sez. V, n. 4191/2013).

Ora la direttiva 2014/24 contempla, fra i possibili aspetti rilevanti della qualità, anche “l’organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione”.

A tutta evidenza è stata avvertita la necessità di superare l’approccio troppo schematico e rigoroso della Corte, di cui sopra, che peraltro nel frattempo è stato già fortemente attenuato da un’ulteriore pronuncia (C-601/13, *Ambisig*), intervenuta nel 2015 con riguardo alla direttiva del 2004.

Nell’occasione la Corte ha riconosciuto che, in effetti, la qualità dell’esecuzione di un appalto pubblico può dipendere in modo determinante dal valore professionale delle persone incaricate di eseguirlo, valore costituito dalla loro esperienza professionale e dalla loro formazione (il che si verifica a maggior ragione qualora la prestazione oggetto dell’appalto sia di carattere intellettuale). Pertanto, allorché un appalto deve essere eseguito da una “squadra”, sono determinanti al fine di valutare la qualità professionale di tale squadra le competenze e l’esperienza dei suoi membri e tale qualità può assurgere a caratteristica intrinseca dell’offerta, collegata all’oggetto dell’appalto, e dunque figurare fra i criteri di aggiudicazione individuati dalla stazione appaltante.

Tanto più alla luce di questo ulteriore chiarimento, s’impone di comprendere attentamente l’esatta portata della nuova previsione contenuta nella direttiva 2014/24, di cui si è detto poc’anzi.

Resta, infatti, l’esigenza (logica, prima ancora che giuridica) di premiare effettivamente la convenienza dell’offerta per la stazione appaltante, piuttosto che il *curriculum* aziendale del concorrente svincolato dall’offerta presentata.

Si direbbe, quindi, che la nuova direttiva, nel passo riportato, vada letta nel senso che l’elemento della “organizzazione” non è assunto come un profilo valutabile a sé stante ed incentrato sulla soggettività complessiva del concorrente, bensì come un aspetto intrinsecamente correlato al personale incaricato di assumere l’appalto, in una con le qualifiche e l’esperienza del personale stesso, nella medesima logica seguita dalla Corte di Giustizia nel caso *Ambisig*, sia pure con riferimento alla direttiva del 2004.

A sostegno di questa interpretazione si può del resto pensare al caso di un’impresa dotata di un eccellente *curriculum* nell’esecuzione di appalti negli anni precedenti ad una gara, che tuttavia ha perso i più qualificati collaboratori grazie ai quali in precedenza l’aveva maturato. In una simile ipotesi il *curriculum*, di per sé, non è indicativo di una potenziale qualità della prestazione che l’impresa interessata è destinata a rendere.

Anche il requisito, insito nella previsione europea in esame, di un’influenza non qualunque ma necessariamente *significativa* dell’aspetto relativo ad organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l’appalto depone in tal senso e sostiene l’interpretazione suggerita.

Ulteriore conferma si trae dal novantaquattresimo “considerando”, in cui la norma di cui trattasi è motivata in modo tale da rendere evidente che essa si debba applicare qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell’esecuzione dell’appalto, potendosi proprio in tal caso (e non in assoluto) tenere conto, ai fini dell’aggiudicazione, dell’organizzazione, della qualifica e dell’esperienza del personale incaricato.

Risulta quindi difficile condividere un passaggio dello schema “in consultazione” delle linee-guida ANAC sull’offerta economicamente più vantaggiosa, in cui si legge più genericamente che il criterio di aggiudicazione potrebbe estendersi anche ad aspetti soggettivi dei concorrenti.

La tematica in questione è di estrema rilevanza, fra l’altro, riguardo ai servizi cd. di ingegneria ed architettura, rispetto ai quali in passato si è attribuito ampio rilievo al *curriculum* dei candidati, prescindendosi da una verifica di corrispondenza del personale effettivamente impiegato nei servizi addotti a referenza e di quello destinato a svolgere i servizi da aggiudicare, ed oggi, con il d. lgs. n. 50/2016, è venuta meno qualsivoglia disposizione speciale, con l’effetto di ricondurre anche questo settore alla disciplina generale dell’aggiudicazione.

Anche sul punto, e per le stesse ragioni di cui sopra, non risulta agevole condividere l’impostazione dell’ulteriore, specifico schema di linee-guida posto in consultazione da ANAC riguardante i servizi di ingegneria ed architettura.

## 2.4 Garanzie. Pesi dei criteri e forcella

Ulteriori previsioni della direttiva, riguardo all’aggiudicazione, sono più specificamente incentrate su finalità di garanzia del rispetto dei principi e, quindi, di garanzia anche nei confronti dei concorrenti.

Così, ad esempio, quella che richiede in modo espresso la verificabilità della corrispondenza fra ogni criterio prefissato, l’offerta del concorrente e la scelta della stazione appaltante (art. 67, par. 4).

Nella stessa prospettiva è prevista la ponderazione *ex ante* dei criteri che si applicheranno nella valutazione (o, qualora non risulti possibile, almeno l’indicazione di un ordine decrescente).

A tale proposito è prevista la possibilità (“può”) di una forcella (par. 5), peraltro già ammessa dalla direttiva del 2004 ma a quanto consta mai giunta al vaglio della Corte di Giustizia.

Nella direttiva sembra chiaro che la forcella riguardi i margini di eventuale oscillazione dei pesi assegnati ai diversi criteri adottati in concreto. Stupisce, quindi, un cenno nello schema delle linee-guida di ANAC sull’offerta economicamente più vantaggiosa, che sembra confondere il tema in esame con quello, completamente diverso, della cd. clausola di sbarramento.

La forcella applicata ai pesi dei criteri di valutazione suscita diversi interrogativi.

In particolare si deve stabilire se possa condurre a diversi limiti di oscillazione della rilevanza di un singolo criterio applicabili a concorrenti diversi.

Più precisamente, se la stazione appaltante adotta la forcella, evidentemente è perché non vuole completamente vincolarsi fino a dopo avere visto le offerte (non parrebbe sensata una forcella da “fissarsi” ad opera della commissione giudicatrice prima dell’apertura dei plichi, perché in tal caso la stessa operazione ben potrebbe essere fatta *ex ante* nel bando ed allora dovrebbe prevalere la tutela dell’interesse dei concorrenti a conoscere le regole del gioco prima di formulare le loro offerte).

Se, dunque, si assume che la forcella consenta di fissare precisamente le regole solo dopo che l’organo di gara ha esaminato le offerte, emerge l’altro aspetto segnalato.

Si può immaginare che la commissione debba comunque assegnare a ciascuno dei criteri un peso fisso, nell’ambito della forcella, uguale per tutti i concorrenti, ed assegnare su tale base i punteggi, oppure – all’opposto – che le sia consentito di fruire dall’intera fascia di oscillazione assegnata a ciascun criterio distintamente per ogni offerta.

Nella prima ipotesi si tratterebbe di scegliere, una volta conosciute le offerte, quali aspetti premiare maggiormente nell’ambito della forcella e, quindi, quali concorrenti con ciò favorire.

Nella seconda ipotesi si potrebbe invece massimizzare la valutazione di ciascun concorrente, nei limiti consentiti dalla forcella, con riguardo al criterio o ai criteri specifici rispetto ai quali è più competitivo. Il che rende preferibile l’ipotesi in esame, in quanto più adeguata a realizzare la *par condicio*, sia pure entro un quadro di discrezionalità e flessibilità.

Ciò dovrebbe comportare che, *ex ante*, la somma dei punteggi massimi corrispondenti ai criteri sia maggiore del totale dei punti effettivamente assegnabili per la qualità e che il pareggio sia destinato ad essere raggiunto in sede di gara, mediante la concretizzazione e quindi l’individuazione univoca, entro la forcella, dei punteggi assegnabili a ciascun concorrente in rapporto ai singoli criteri.

## 2.5 Varianti in offerta

Strettamente connesso con il tema dell’aggiudicazione è quello delle varianti offerte dai concorrenti in gara, che la direttiva regola nell’art. 45.

Il quarantottesimo “considerando” afferma che, in considerazione dell’importanza dell’innovazione, occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile. Nel contempo richiede alle autorità di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare, prima di indicare che possono essere presentate varianti.

In particolare la direttiva stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare o esigere la presentazione da parte degli offerenti di varianti. Esse lo specificano negli atti di gara ed in mancanza di siffatta indicazione le varianti non sono autorizzate (art. 45, par. 1).

Le varianti di offerta devono comunque essere collegate all’oggetto dell’appalto (non possono, cioè, avere ad oggetto diversi benefici per la stazione appaltante, anche perché in tal caso risulterebbe troppo incerto il terreno del confronto concorrenziale e non risulterebbero agevolmente applicabili i criteri di aggiudicazione, che devono essere inerenti al contratto).

Se autorizzano o richiedono le varianti, le amministrazioni indicano negli atti di gara i requisiti minimi che le varianti medesime devono rispettare e le modalità specifiche per la presentazione (par. 2). Solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione (par. 3).

Le amministrazioni garantiscono altresì che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti (par. 2).

Infine, ma non certo da ultimo per importanza, è alquanto innovativa ed estremamente stimolante l’ulteriore previsione secondo cui gli atti di gara indicano se le varianti possono essere presentate solo ove sia presentata anche un’offerta che è diversa da una variante (par. 2).

Il tema delle varianti in offerta, sebbene assolutamente centrale – tanto più a fronte dell’accresciuto *favor* per la valutazione della qualità delle offerte in fase di aggiudicazione – è dunque disciplinato in modo alquanto generale dalla direttiva e sarebbe stato quindi lecito attendersi uno sforzo di maggiore dettaglio da parte della disciplina nazionale di adeguamento (che, invece, come si dirà, è mancato con conseguente insorgenza di notevoli questioni).

# 3. La legge-delega per il recepimento della direttiva (l. n. 11/2016)

La legge di delega per il recepimento della direttiva, n. 11/2016, ha stabilito molteplici criteri per il legislatore delegato e, nel farlo, ha marcatamente approfittato della nuova impostazione “meno mercantilistica” del diritto europeo degli appalti.

Ai fini della disamina dell’aggiudicazione alcuni dei criteri di delega meritano di essere posti in risalto.

## 3.1 I criteri di aggiudicazione e la scelta di quello da applicare nei singoli casi

E’ opportuno muovere dal criterio-delega, specificamente relativo all’aggiudicazione, insito nella lettera ff) dell’art. 1, in cui si prevede l’offerta economicamente più vantaggiosa (nel nuovo senso già precisato) con un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e includendo il miglior rapporto qualità/prezzo valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all’oggetto del contratto.

Si direbbe che, sul punto, la delega avrebbe potuto essere più precisa, atteso che, ad esempio, non menziona il mero prezzo, né chiarisce il rapporto di quest’ultimo criterio con quello del costo più latamente inteso.

Lo stesso criterio-delega prosegue richiedendo una regolazione espressa delle caratteristiche tecnico-prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come prezzo più basso o massimo ribasso d’asta.

Anche in questo caso emergono perplessità: mentre la direttiva, come detto, ha assegnato agli Stati la facoltà di escludere l’aggiudicazione in base al solo prezzo o costo, in assoluto o per particolari tipologie di amministrazioni o di appalti, la delega sembra rovesciare la prospettiva ed indicare casi nei quali l’aggiudicazione può avvenire in base al prezzo o costo.

Inoltre la delega, sul punto, appare imprecisa, da un lato perché usa il termine “aggiudicano” probabilmente per prevedere una facoltà e non un obbligo; dall’altro lato, perché menziona il criterio del prezzo o del costo e poi afferma di intenderlo come prezzo più basso o massimo ribasso, dunque in realtà solo come prezzo e non invece come costo.

Ne derivano due possibili letture. Secondo la prima il legislatore delegato deve individuare i casi nei quali le amministrazioni aggiudicano (possono aggiudicare) in base al solo prezzo inteso in senso stretto, mentre negli altri devono utilizzare un altro criterio, che può essere sia quello del prezzo/qualità, sia quello del costo. Secondo un’altra, diversa lettura, nell’imprecisione del testo legislativo si è comunque inteso far emergere limitati casi nei quali le amministrazioni non aggiudicano (o possono non aggiudicare) secondo il criterio prezzo/qualità, mentre negli altri dovrebbe seguirsi questo, senza la possibilità di ricorrere neppure al criterio del costo.

Un ulteriore criterio, di cui alla lettera gg) aggiunge profili problematici.

Vi si prevede, infatti, che i contratti pubblici relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché dei servizi ad alta intensità di manodopera (nei quali il costo della manodopera eccede il 50% dell’importo totale) sono aggiudicati esclusivamente con l’offerta economicamente più vantaggiosa come da precedente criterio ff), di cui si è appena detto, escludendo in ogni caso l’applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come prezzo più basso o massimo ribasso d’asta.

La norma va vista insieme a quella (topograficamente distante) della lett. fff), che ha un significativo ambito di sovrapposizione in quanto regola gli appalti di servizi, diversi da quelli intellettuali, ad alta intensità di manodopera, per escludere espressamente, rispetto ad essi, il ricorso a quello che viene indicato come il criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come prezzo più basso o del massimo ribasso.

Con l’insieme di tali criteri di delega emergono altri problemi.

Da un lato, non è ben chiaro il rapporto fra i due ordini di criteri (rispettivamente *sub* ff, da un lato, e gg ed fff, dall’altro), perché nessuno dei due stabilisce nettamente una regola generale ed un’eccezione o perché entrambi lo fanno in modo contraddittorio.

Il criterio sub ff), come detto, sembra delineare limitati casi nei quali si può aggiudicare in base al solo prezzo. Il critero sub gg) e quello sub fff) sembrano invece individuare determinati casi nei quali si può aggiudicare esclusivamente in base al rapporto qualità/prezzo. *Quid*, al di fuori di entrambe le serie di casi ?

Dall’altro, torna il problema insito nel fatto che il legislatore faccia riferimento al criterio del prezzo o del costo e nel contempo specifichi di intenderlo come prezzo più basso o massimo ribasso. L’intenzione, alle lettere gg) e fff) della delega, è quella di escludere l’ammissibilità di tale criterio, ma la formula letterale impiegata lascia il dubbio se oggetto dell’esclusione debba intendersi solo il prezzo più basso, equivalente al massimo ribasso, o anche il più ampio criterio relativo al costo.

Questi aspetti di scarsa chiarezza, in primo luogo logico-sistematica, si riflettono profondamente sul nuovo codice, come si vedrà.

Di certo è chiaro che il legislatore italiano ha inteso avvalersi della facoltà che la direttiva ha rimesso agli Stati, in odine alla limitazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta del criterio di aggiudicazione.

Diversamente si è orientato, ad esempio, il legislatore tedesco, con la propria legge di recepimento della direttiva, VergRModG, del 17 febbraio 2016, che non reca limitazioni di sorta, così fra l’altro aderendo all’espresso invito in tal senso formulato dall’associazione degli avvocati amministrativisti, che ha espresso un parere professionale/scientifico in ordine alle modalità di adeguamento del sistema alla direttiva.

## 3.2 Considerazioni non strettamente mercantili nell’aggiudicazione in base al rapporto qualità/prezzo

Per quanto concerne gli aspetti suscettibili di essere accolti nell’ambito dei criteri di assegnazione dei punteggi, allorquando si aggiudica con il sistema qualità/prezzo, una prima indicazione della delega è insita nella lett. p) dell’art. 1, relativo alla previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

Ciò non riguarda ovviamente solo la fase dell’aggiudicazione (coinvolge, in particolare, anche le specifiche tecniche e le condizioni di esecuzione), ma può comunque venire in rilievo per la scelta della migliore offerta, ad esempio nell’ambito del criterio del costo legato al ciclo di vita o di quello legato alla qualità, oltre che al prezzo.

Più complessi sono ulteriori criteri-delega.

Quello di cui alla lett. ddd) contempla la valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale mediante l’introduzione di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte.

Lo prevede, in particolare, nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l’esecuzione dell’appalto, ad utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale, ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto.

Questo è previsto in asserita ottemperanza ai principi di economicità, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell’accesso delle mirco-, piccole e medie imprese. Nel contempo la delega chiede di tenere anche in considerazione gli aspetti della territorialità e della filiera corta ed attribuire un peso specifico alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici.

Tutto quanto sopra soggiace ad un’espressa clausola per cui deve comunque avvenire nel rispetto del diritto europeo.

Orbene, è evidente innanzitutto come si tratti non di un criterio, bensì di un insieme di criteri, oltretutto non necessariamente coerenti fra loro, in special modo per quanto riguarda, da un lato, la tutela dei livelli occupazionali, che può generare non indifferenti costi, e, dall’altro lato, l’accesso delle micro- e piccole imprese alle commesse pubbliche, trattandosi per lo più di operatori economici non particolarmente forti sul piano della capacità economico-finanziaria.

Ma a parte questo, risulta difficile sottrarsi all’impressione che attraverso i criteri ora in esame la delega enunci obiettivi politici alquanto delicati, in rapporto al tema della compatibilità con il diritto europeo, non a caso rifugiandosi nella ricordata espressa clausola finale di necessaria compatibilità ed osservanza del medesimo da parte del legislatore delegato.

Le cd. clausole sociali, alla famiglia delle quali sono riconducibili i criteri di premialità di cui trattasi, pongono infatti non lievi problemi di rapporto con il diritto dell’Unione, in parte già faticosamente affrontati dalla Corte di Giustizia nel vigore delle precedenti direttive ed anche in altri ambiti, sia pure in prevalenza riguardo alle condizioni di esecuzione del contratto (ad es., Corte Giust., C-549/2013, *Bundesdruckerei*; C-346/2006, *Rüffert*; C-386/2003, *Commissione c. Rep. di Germania*; C-460/2002, *Commissione c. Rep. italiana*).

Con specifico riguardo al criterio di aggiudicazione la Corte ha peraltro già avuto modo, ancora sotto il vigore delle precedenti direttive caratterizzate da una più marcata impostazione “mercantile”, di ammettere il ricorso da parte delle amministrazioni aggiudicatrici ad un criterio connesso alla lotta contro la disoccupazione, purché nel rispetto di tutti i principi fondamentali del diritto comunitario ed in particolare di non discriminazione (C- C-225/1998, *Commissione c. Rep. francese*).

L’odierno *favor* della direttiva 2014/24 per una politica degli appalti pubblici orientata anche ad obiettivi sociali, nell’ambito della strategia Europa 2020, può aumentare le possibilità di manovra delle amministrazioni in tal senso, ma non fino a risolversi nel far semplicemente prevalere logiche di stampo sociale su quelle della concorrenza nelle procedure di aggiudicazione.

Temi come quelli dell’occupazione di personale locale, della filiera corta e della salvaguardia degli addetti già impiegati nell’appalto pongono dunque problemi a tale proposito, per la loro caratterizzazione sociale “conservativa” e localistica e per il relativo impatto sulla concorrenza, oltre che in quanto non agevolmente conciliabili con l’anelito anche innovatore (sebbene sensibile alle tematiche sociali) caratterizzante la nuova normativa europea.

Peraltro, analoghe questioni legate alle clausole sociali, intese in senso lato, si presentano con forza e con dovizia di contenuti anche con riguardo a criteri di delega inerenti alle condizioni di esecuzione degli appalti, ad esempio sub fff), prima parte, e ggg), che tuttavia esulano dall’ambito di questa analisi.

## 3.3 Altre previsioni

Assai rilevante si presenta altresì il criterio-delega di cui alla lett b), che impone il coordinamento con le disposizioni in materia di protezione e tutela ambientale e paesaggistica, di valutazione degli impatti ambientali.

Fra breve se ne vedranno le implicazioni potenziali; soltanto potenziali, allo stato, perché questa indicazione della delega parrebbe essere stata trascurata nell’ambito del nuovo codice.

# 4. L’aggiudicazione degli appalti nel codice, di cui al d. lgs. n. 50/2016

Il nuovo codice dedica specificamente all’aggiudicazione il suo art. 95, nel quale è opportunamente anche accolta la disciplina delle varianti in sede di offerta.

## 4.1 Disposizioni generali

L’art. 95 è alquanto articolato.

Esso contiene una serie di previsioni generali importanti, ma per certi versi scontate o comunque non di particolare interesse nello studio degli aspetti innovativi o problematici della nuova disciplina.

Si pensi, ad esempio, al fatto che le stazioni appaltanti non dispongono di un potere di scelta illimitata (o arbitraria) della migliore offerta, o che debba comunque garantirsi una concorrenza effettiva (salvo vedere come quest’ultima previsione si raccordi con il *favor* per l’innovatività e la tutela ambientale, con cui può effettivamente porsi in una relazione non semplice, secondo quanto ha dimostrato il già ricordato caso *Concordia Bus*).

Ovvie, ancorché opportunamente inserite in modo espresso nel codice, sono anche altre regole come quelle volte ad imporre l’impiego di specifiche, *rectius* la formulazione da parte dell’amministrazione di concreti criteri di aggiudicazione, che consentano l’efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti, al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri stessi (e quindi di assegnare i corrispondenti punteggi). Si chiede, in sostanza, di limitare la discrezionalità rimessa all’organo di gara in fase di applicazione dei criteri prescelti, concependo questi in modo il più possibile misurabile secondo valutazioni verificabili.

## 4.2 Criteri di aggiudicazione e relativa scelta nei singoli casi

Anche il codice, nell’art. 95, adotta la nuova terminologia riguardo all’offerta economicamente più vantaggiosa, che prevede possa essere individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell’elemento del prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita (co. 2).

Si direbbe con ciò recepita tutta la gamma contemplata dalla direttiva: qualità/prezzo, prezzo puro e semplice, costo (più ampio del mero prezzo ed eventualmente legato anche al ciclo di vita).

Riguardo alla scelta del criterio il codice tuttavia riflette e forse addirittura accentua i problemi di impostazione già individuati sopra con riguardo alla delega.

E’ previsto che possa procedersi soltanto con il criterio qualità/prezzo per i servizi sociali e simili, per appalti ad alta intensità di manodopera e per quelli di ingegneria ed architettura con base di gara inferiore ad Euro 40.000 (co. 3).

Sennonché, immediatamente dopo lo stesso codice dispone (co. 4) che può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per alcune ipotesi.

La prima è quella dei lavori di importo inferiore ad Euro un milione (per i quali il codice precisa che la qualità rimane garantita dal fatto che la procedura si basi su di un progetto esecutivo; il che non pare un buon argomento, dato che la stessa regola progettuale vale generalmente anche per i lavori di importo eccedente il milione).

Un’altra è quella di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o definite dal mercato (cioè, pare di intendere, standardizzate normativamente o *de facto*, nell’ambito del mercato).

Un’altra ipotesi ancora è quella di servizi e forniture sottosoglia e caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno carattere innovativo (non essendo peraltro chiaro quali servizi sottosoglia vi rientrino effettivamente, per la scarsa possibilità di decifrare a questo proposito il parametro della ripetitività).

Inoltre, e comunque, la scelta dell’aggiudicazione al minor prezzo deve essere motivata e si dovrebbe indicare nel bando il criterio applicato (quest’ultima previsione appare non particolarmente chiara, vertendosi in tema di aggiudicazione al prezzo più basso).

Nell’insieme le riportate disposizioni del codice relative alla scelta del criterio si presentano caratterizzate da disordine logico.

Nel comma terzo abbiamo appalti che possono essere aggiudicati soltanto in base al rapporto qualità/prezzo, il che farebbe pensare che per tutti gli altri vi sia libertà.

Sennonché abbiamo anche, nel comma quarto, appalti che possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo, il che potrebbe far pensare che per tutti gli altri si debba invece ricorrere al rapporto qualità/prezzo, ma si è visto come il comma terzo non ponga una simile regola.

Si potrebbe allora intendere che fra i due commi (terzo e quarto) si apra uno spazio, relativo agli appalti non specificamente contemplati dall’uno o dall’altro, nel quale si può aggiudicare in base al rapporto qualità/prezzo o al costo (ciclo di vita), con esclusione della sola aggiudicazione al minor prezzo.

Per sciogliere il nodo potrebbe immaginarsi il ricorso alla legge di delega quale supporto all’interpretazione, ma si è visto sopra come a tal proposito tale legge abbia a sua volta problemi, tali da non consentire di risolvere senz’altro in modo univoco il problema.

Al di fuori delle considerazioni sistematiche ed esegetiche, circola l’idea che il legislatore (delegante e delegato) abbia voluto individuare l’aggiudicazione secondo il rapporto qualità/prezzo come metodo generale e tendenziale e circoscrivere i casi di aggiudicazione al miglior prezzo ai soli casi indicati nel quarto comma. Ma un siffatto risultato non è agevolmente ricavabile dalle norme, a tacere del fatto che oblitererebbe sostanzialmente il criterio del costo, inteso come distinto (più ampio) rispetto a quello del puro prezzo.

Infine, come previsto dalla direttiva, anche il codice ammette che l’elemento relativo al costo possa assumere la forma di un prezzo o costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

## 4.3 Indicatori di qualità

Gli aspetti che vengono previsti dal soggetto aggiudicatore come indicativi della qualità e, quindi, premiabili nell’ambito del punteggio, devono essere pertinenti rispetto alla natura, all’oggetto ed alle caratteristiche del contratto.

L’art. 95 richiede criteri “oggettivi”, che possono concernere aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all’oggetto del contratto.

La norma va letta anche in rapporto a quella contenuta nel precedente art. 30, nella parte in cui prevede che il principio di economicità possa essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal (medesimo) codice, a criteri, previsti nel bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Nell’ambito dell’art. 95 alcuni possibili criteri sono enumerati a titolo esemplificativo.

Di particolare interesse è quello relativo al costo di utilizzazione e manutenzione, tenuto conto anche dei consumi di energia e risorse naturali, emissioni inquinanti, dei costi complessivi compresi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all’intero ciclo di vita, con l’obiettivo strategico di un uso razionale delle risorse e di economia circolare che promuova l’ambiente e l’occupazione.

Ciò riflette la nozione europea del ciclo di vita e dunque occorre rispettare, in merito, le specifiche regole previste dalla direttiva per questo aspetto, anche se all’apparenza sono dettate con riguardo all’aggiudicazione secondo il criterio del costo. Si è già segnalato, infatti, come gli elementi di carattere ambientale possano rientrare, a seconda dei casi, nell’aspetto qualitativo (se si sceglie la migliore offerta in base a qualità/prezzo) o nel costo (se è questo l’aspetto rilevante per l’aggiudicazione).

Altrettanto interesse suscita l’esemplificazione normativa della qualità in rapporto ad organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, quando la qualità del personale possa avere un’influenza significativa sul livello di esecuzione.

Se ne è già trattato sopra con riguardo alla del tutto corrispondente previsione della direttiva.

Vale soltanto la pena di aggiungere che l’interpretazione ivi suggerita appare corroborata, nel codice, dall’espresso requisito indicato dall’art. 95, sesto comma, per gli aspetti di qualità valutabili, che devono fra l’altro essere “oggettivi” e, quindi, si direbbe, non strettamente soggettivi.

In aggiunta il codice prevede (al tredicesimo comma dell’art. 95), che compatibilmente con il diritto europeo e con i principi fondamentali della materia, le amministrazioni aggiudicatrici indichino i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell’offerta in relazione al maggior *rating* di legalità del medesimo, nonché per agevolare la partecipazione alla procedure per le micro-, piccole e medie imprese, giovani professionisti e imprese di nuova costituzione.

La norma è alquanto problematica, ad esempio perché le imprese estere e quelle nazionali di minori dimensioni finanziarie non hanno accesso al *rating* di legalità.

La già richiamata bozza delle linee-guida di ANAC coglie il problema ma risulta alquanto evanescente riguardo alla sua soluzione, che sembra quasi richiedere forme compensative, dando così agio all’obiezione di irragionevolezza della premialità, se accompagnata da forme compensative per i non premiabili.

Una soluzione più agevole potrebbe consistere nel ricorso alla forcella, mantenendosi un margine di elasticità riguardo al punteggio assegnabile per uno o più criteri o sottocriteri, in modo da “ritagliare” un possibile monte-punti da destinare alla premialità, per il solo caso in cui alla gara in concreto partecipino esclusivamente imprese con caratteristiche tali da non essere *a priori* escluse dal *rating*.

Più complesso è il tema dell’eventuale premialità per le micro-, piccole e medie imprese, perché questa rischia di dare luogo a cd. discriminazioni alla rovescia e quindi ad illegittimità, non essendo fra l’altro prevista in modo espresso dal diritto europeo. La clausola di compatibilità con quest’ultimo, che accompagna la previsione del codice, rischia quindi di paralizzarla nei fatti.

Lo stesso vale, a maggior ragione, rispetto alla premialità per le imprese di nuova costituzione, della quale non si vede la *ratio*. Si immagini, ad esempio, una s.r.l. costituita dai soci di una precedente s.r.l. fallita, o ad una new-co costituita da una grande società. Vi sarebbero ragioni per premiare siffatte nuove imprese, in quanto tali ?

Benché le norme non lo prevedano, ANAC suggerisce alle amministrazioni di introdurre fra i profili da valutare in vista dell’aggiudicazione anche un aspetto legato ai costi sociali del ciclo di vita. Il fatto in sé che il codice non ne parli non sembra problematico, stante il carattere puramente esemplificativo dell’elencazione in esso contenuta dei possibili aspetti della qualità valutabili.

Tuttavia non è ben chiaro che cosa siano i costi sociali del ciclo di vita, rispetto ai quali restano le già segnalate problematiche riguardo ai limiti entro i quali deve mantenersi la (pur incoraggiata) politica dell’integrazione degli aspetti sociali nell’aggiudicazione degli appalti.

Gli aspetti qualitativi valutabili devono essere inerenti all’oggetto del contratto ed in merito il codice specifica che tale condizione può essere valutata sotto qualsiasi aspetto ed in qualsiasi fase del ciclo d vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio … o fase successiva del ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale (comma undicesimo).

## 4.4 Dettagli applicativi

I documenti di gara elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita.

E’ consentito il ricorso alla forcella, con scarto adeguato fra minimo e massimo (letteralmente inteso il codice, all’ottavo comma dell’art. 95, parrebbe addirittura imporla, ma non vi è ragione per leggerlo in tal senso, trattandosi a tutta evidenza di un’imperfezione redazionale).

Inoltre il codice contempla in modo espresso la possibilità di sub-criteri e sub-pesi. Questo aspetto, sebbene conforme alle correnti prassi, può determinare alcune difficoltà in fase applicativa, rispetto ad eventuali regole dettate con riguardo ai criteri. Può infatti risultate non chiaro se, in caso di sub-criteri, tali regole debbano essere applicate a quelli o, invece, soltanto al livello dei criteri. Esemplare in tal senso è il caso della cd. “prima riparametrazione”, nell’ambito del metodo aggregativo-compensatore (che l’ANAC con lo schema delle linee-guida relative all’offerta economicamente più vantaggiosa, in consultazione, considera ancora applicabili). Teoricamente si può riparametrare per singoli subcriteri, oppure a livello di criteri che raggruppano i primi (o addirittura in entrambi i casi). Nell’ottica del criterio aggregativo-compensatore parrebbe più coerente la prima ipotesi, perché più adatta a determinare in modo adeguato proprio le “compensazioni” (fra pregi e difetti dell’offerta) che stanno alla base del metodo stesso.

Secondo il medesimo schema di linee-guida di ANAC, resta possibile anche introdurre la clausola di sbarramento, volta ad estromettere dalla procedura concorrenti, le offerte dei quali non raggiungano un determinato livello minimo di qualità. Sarebbe quantomeno opportuno, se non addirittura necessario per la legittimità, che il raggiungimento di tale livello risulti misurabile oggettivamente e non dipenda invece da valutazioni ampiamente discrezionali dell’organo di gara.

Riguardo alla clausola di sbarramento è anche emerso da tempo, nella pratica, il problema se la si debba applicare prima o dopo la riparametrazione dei punteggi tecnici. Logica vorrebbe che lo si facesse prima, perché i punteggi realmente assegnati riflettono l’obiettiva qualità, mentre la riparametrazione ne determina un incremento al diverso fine di mantenere l’adeguato bilanciamento delle valutazioni, rispettivamente, della qualità e del prezzo. Anche ANAC ora lo riconosce nel ridetto schema di linee-guida, dopo avere peraltro sostenuto il contrario con la Det. n. 4/2012.

Resta infine impregiudicata dal codice la tematica della verificabilità e della motivazione dei punteggi assegnati alle offerte dei concorrenti per i vari profili, sicché seguitano ad applicarsi le correnti soluzioni giurisprudenziali (superfluità di una motivazione testuale e specifica se vi sono criteri dettagliati che rendano comunque comprensibile l’assegnazione dei punteggi e se si procede con confronto a coppie; necessità di una motivazione in caso di punteggi discrezionalmente assegnati dai commissari nonché, in tal caso, di un certo grado di omogeneità delle valutazioni dei medesimi, dovendosi altrimenti appianare le differenze eccessive nell’ambito della collegialità o dare conto ragionevolmente delle differenze stesse).

## 4.5 Non-aggiudicazione

Le stazioni appaltanti possono non aggiudicare, se nessuna offerta risulta conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando o nell’invito (così l’art. 45, comma dodicesimo).

Il fatto che la valutazione di convenienza debba essere riferita al contratto e non ai criteri di aggiudicazione appare condivisibile, potendo risultare non conveniente l’aggiudicazione anche in caso di corrispondenza dell’offerta ai criteri stessi.

Non del tutto in linea con il principio di semplificazione appare invece la norma che impone di prevedere in modo espresso tale clausola negli atti di gara, visto che si direbbe del tutto sufficiente anche solo l’averla inserita nella legge, con la conseguenza che le amministrazioni dovrebbero comunque disporre della facoltà in esame.

## 4.6 Varianti in offerta

Il codice riprende infine la disciplina delle direttive riguardante le varianti in offerta, della quale si è detto sopra.

Come accennato, sembra emergere un problema di non sufficiente specificità della relativa disciplina nazionale, anche per quanto concerne il suo raccordo con la giurisprudenza relativa all’argomento e ad altre scelte fondamentali insite nel codice.

Innanzitutto, seguita a non esservi, neppure nel diritto interno, una definizione delle varianti in offerta.

Non ogni proposta tecnica dei concorrenti vi dà luogo, visto fra l’altro che il criterio qualità/prezzo sembra essere destinato a funzionare anche laddove non siano consentite varianti.

In Italia, ad oggi, si è operato sulla base di due distinte nozioni, quali quelle di variante e di miglioria.

Lo si ricava agevolmente dalla giurisprudenza, ad esempio dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5160/2013, che illustra il quadro nel modo seguente.

«In sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati "aperti" a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione del pregio delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla P.A., pur tuttavia consentito, con l'avvertenza che in tali ultimi casi il confronto competitivo è necessariamente ristretto a singoli e predeterminati aspetti del progetto, entro i quali il ventaglio delle alternative progettuali proponibili è nondimeno più esteso, tant'è vero che è ammesso anche in procedure di gara con a base il progetto preliminare, come l'appalto-concorso».

Ciò rivela come a monte del tema varianti/migliorie si collochi quello del livello progettuale da porsi a base di gara.

In presenza di specifiche tecniche essenzialmente prestazionali, vi è un naturale ampio spazio per la diversificazione delle offerte tecniche, senza che si determinino varianti o addirittura anche solo migliorie (salva l’ipotesi di semplici miglioramenti prestazionali).

All’opposto, in presenza di un progetto esecutivo, o di rigide specifiche tipologiche, lo spazio per le migliorie tende a svanire, con la conseguenza che il criterio qualità/prezzo resta decorosamente applicabile soltanto se si ammettono le varianti.

Nell’ambito dei lavori la scelta di principio del codice che, salvi particolari casi, impone di svolgere le gare su progetti esecutivi, combinata con quelle (sia pure non chiarissime) di *favor* per l’aggiudicazione con il criterio qualità/prezzo, porta dunque con sé l’esigenza di un più ampio spazio di applicazione delle varianti in offerta.

In ogni caso, l’impianto e le soluzioni del nuovo codice impongono che questi temi siano attentamente focalizzati già in sede di progettazione, con lo sguardo rivolto anche alle modalità ed ai criteri con cui l’appalto sarà aggiudicato. Il progetto dovrà infatti delineare gli ambiti delle possibili migliorie, se si intenderà escludere le varianti, e comunque tenere conto della natura ed i limiti di queste (anche per le ragioni ulteriormente esposte *infra*). Peraltro, siffatta anticipazione di aspetti rilevanti della strategia di gara impone una rafforzata cura dei profili riguardanti possibili conflitti di interesse e distorsioni competitive, se la progettazione è affidata all’esterno.

Un tema ulteriore emerge dalla norma che consente all’amministrazione addirittura di imporre la presentazione di varianti.

Si direbbe che, per assumere un senso, tale norma vada letta in combinazione con l’altra, stando alla quale l’amministrazione deve precisare se le varianti sono ammesse esclusivamente a fronte della contestuale presentazione anche di un’offerta non in variante (art. 94, comma quattordicesimo, lett. b)).

Un primo aspetto è quello del rapporto di queste regole con quella dell’art. 32, quarto comma, del codice, stando al quale ciascun concorrente può presentare non più di un’offerta.

L’apparente antinomia si deve risolvere nel senso che la regola dell’art. 32 è destinata a valere solo di norma, salvo cioè il caso in cui l’amministrazione aggiudichi con il criterio qualità/prezzo, ammetta (o addirittura richieda) le varianti e tuttavia pretenda anche l’offerta non in variante.

Quest’ultima pretesa può rivelarsi di grande opportunità.

Infatti, ancorché l’amministrazione debba precisare negli atti di gara i limiti entro i quali le varianti sono consentite, nei fatti tali indicazioni possono rivelarsi chiare sul piano logico ma non anche sul piano pratico. Inoltre il rischio di esclusione, per il superamento dei limiti delle varianti consentite, può dissuadere (piuttosto che incoraggiare) i concorrenti rispetto alla presentazione di esse.

La via di fuga, data dalla permanenza in gara con l’offerta non in variante, perlomeno stempera tali problemi (mentre sarebbe ben più difficile immaginare di mantenere in gara un concorrente depurando la sua offerta da varianti non consentite, stante il possibile riflesso di queste su altri aspetti, quali i tempi di esecuzione o il prezzo).

Sennonché si aprono altri interrogativi, primo fra tutti quello del carattere subordinato o equiordinato delle due offerte del concorrente. Si esamina prima quella in variante e solo in caso di esclusione di questa si passa ad esaminare l’altra ? O invece si esaminano entrambe ed il concorrente viene quindi inserito due volte in graduatoria ? E la soluzione di questo problema è da ricercarsi sul piano della (inespressa) *voluntas legis* o può invece essere rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante ?

Un maggior livello di dettaglio del nuovo codice nell’adeguamento alla direttiva sarebbe stato auspicabile sul punto.

## 4.7 Segue. Le varianti in offerta e le procedure approvative dei progetti di lavori

Infine, ma non da ultimo, il *favor* per le varianti o comunque la loro maggiore rilevanza nel contesto del nuovo codice dà luogo ad altre difficoltà nel settore dei lavori.

La legge n. 11/2016 pareva averle intuite, laddove aveva dettato il criterio-delega che richiede il coordinamento con le disposizioni in materia di protezione e tutela ambientale e paesaggistica, di valutazione degli impatti ambientali.

Si pensi ad una gara per lavori che, in quanto già progettati a livello esecutivo, hanno in precedenza avuto un favorevole *screening* di v.i.a. o un’autorizzazione paesaggistica.

Come si gestisce in tal caso il tema delle varianti in offerta ?

La questione è obiettivamente complessa.

Ammettere solo varianti che non incidono sui temi ambientali o paesaggistici, di fatto significa (anche per il modo rigido e pervasivo in cui sono regolati quegli aspetti in Italia), non ammettere significative varianti ed avere di conseguenza problemi nel configurare criteri qualitativi sensati nell’ambito del criterio qualità/prezzo, quantomeno se la gara si svolge sul progetto esecutivo.

Si pensi al caso di un nuovo tronco stradale.

Per contro, ammettere anche varianti idonee ad incidere sui titoli già ottenuti, richiedendo di ripetere i procedimenti relativi, può presentare almeno tre ordini di controindicazioni, relativi ai tempi di esecuzione delle opere; alla riapertura dei termini di impugnazione dei titoli; all’eventuale esito non favorevole o non completamente favorevole delle rinnovate procedure ambientali e paesaggistiche.

In quest’ultimo caso ci si troverebbe costretti a scegliere fra negoziare l’offerta, magari per aspetti anche sostanziali, oppure escludere *ex post* il concorrente. Oppure, ancora, se la disciplina di gara richiedeva anche le offerte non in variante, a fare riferimento a quella, benché il concorrente sia risultato aggiudicatario grazie all’altra.

Una possibile previsione di coordinamento, da inserire nel codice, avrebbe potuto essere quella di ipotizzare fin dalla progettazione definitiva le possibili soluzioni in variante, suscettibili di essere offerte dai concorrenti nella gara, e di acquisire anche rispetto ad esse i necessari pronunciamenti e le necessarie autorizzazioni ambientali e paesaggistica, peraltro con buona pace del principio di semplificazione ed altresì della pessima abitudine invalsa negli organi preposti alla tutela dell’ambiente e del paesaggio di riservarsi, anche attraverso l’apposizione di prescrizioni ai propri atti, significativi margini di discrezionalità per la fase di esecuzione degli interventi.

# 5. Conclusioni

La disciplina europea dell’aggiudicazione si è evoluta e pone notevoli sfide, mentre l’adeguamento della legislazione nazionale primaria sembra denotare non lievi profili di imprecisione e di incompletezza.

L’incremento degli interessi pubblici da perseguire nella committenza, in particolare con riguardo all’innovazione, alla tutela ambientale, agli aspetti sociali ed alle micro-, piccole e medie imprese, determina una quadro di ancora maggiore complessità e difficoltà per le amministrazioni pubbliche, fra l’altro in un’epoca di risorse scarse. La sfida costituita per esse dal nuovo codice risulta dunque particolarmente impegnativa.

**Gerolamo Taccogna**

**Avvocato**

(pubblicato il 14 giugno 2016)

1. Relazione tenuta all’incontro di studio del 6 giugno 2016 organizzato a Genova dall’Associazione Avvocati Amministrativisti Liguri Carlo Raggi [↑](#footnote-ref-1)