



DELIBERA N.219 del 23 aprile 2024

Oggetto

ANCE Associazione Nazionale Costruttori Edili – art. 108 del d.lgs. 36/2023 – Criteri di aggiudicazione dell’offerta - Richiesta parere.

UPREC-CONS-0051-2024

AG 2/2024

Riferimenti normativi

Art. 108 d.lgs. 36/2016

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici –Appalto – Criteri di Aggiudicazione – Offerta economicamente più vantaggiosa – Criteri di valutazione – Offerta Tecnica - Criteri soggettivi –limiti e condizioni.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nell’Adunanza del 23 aprile 2024

Premessa

Con nota pervenuta in data 27 marzo 2024, acquisita al prot. n. 40042, corredata da memoria integrativa, l’Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) ha sottoposto all’attenzione dell’Autorità talune criticità rilevate nell’ambito di alcune procedure di gara, con specifico riferimento ai criteri individuati nelle *lex specialis* per la valutazione dell’offerta tecnica nell’ambito del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (oepv).

Più in dettaglio, a titolo di esempio, è stato evidenziato che nel bando di gara indetto dall’Azienda Servizio Idrico Integrato Biellese e Vercellese s.p.a. per l’esecuzione di lavori è stata prevista l’attribuzione di complessivi 60 punti per l’offerta tecnica nell’ambito dell’oepv, per il possesso, da parte dell’operatore economico, delle seguenti certificazioni: 1. ISO 9001 – Sistema di qualità aziendale; 2. ISO 14001 – Sistema di gestione ambientale; 3. ISO 45001 – Sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori; 4. ISO 37001 – Sistema di gestione per l’anticorruzione; 5. ISO 50001 – Sistemi di gestione dell’energia; 6. SA-8000 – Sistema di gestione responsabilità sociale.

Al riguardo, il disciplinare di gara precisa, nel paragrafo dedicato alla “*procedura di gara*”, cpv “I) *Offerta tecnica*”, che “*Il coefficiente sarà determinato mediante la media dei giudizi, attribuiti dai singoli Commissari a fronte del possesso (o meno) delle certificazioni richieste, come di seguito indicato (seguirà la riparametrizzazione indicata nel seguito): ✓ Sei certificazioni: 1,00 ✓ Cinque certificazioni: 0,83 ✓ Quattro certificazioni: 0,66 ✓ Tre certificazioni: 0,49 6 ✓ Due certificazioni: 0,32 ✓ Una certificazione: 0,15 ✓ Nessuna certificazione: 0,00*”.

Il bando prevede quindi l’attribuzione di punteggi in sede di OEPV ad una serie di elementi aventi natura soggettiva, con la conseguenza che tutti i punti (60) dell’offerta tecnica sono attribuiti al possesso di certificazioni, non essendo previsto alcun diverso criterio.

L'istante sottolinea al riguardo che la stazione appaltante non avrebbe fornito una specifica motivazione in ordine all'adozione dei criteri di valutazione sopra indicati, con riferimento alle caratteristiche migliorative dell'offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione. Sottolinea inoltre che simili clausole, non garantendo un confronto concorrenziale effettivo anche sui profili tecnici della prestazione, non appaiono conformi al disposto dell'art. 108 del d.lgs. 36/2023, nonché all'avviso espresso dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa in tema di criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Né sembra incidere sugli aspetti evidenziati, il fatto che il bando di gara in parola attenga ad interventi finanziati nell'ambito del PNRR/PNC, posto che le previsioni speciali dettate per simili fattispecie, non contengono deroghe alla disciplina dei criteri di valutazione dell'offerta per gli appalti di lavori.

L'ANCE aggiunge, infine, che le criticità riscontrate nel bando sopra citato, sono presenti altresì in altre procedure di gara indette da diverse stazioni appaltanti (come ad esempio il bando indetto dal Consorzio di Bonifica della Baraggia Biellese e Vercellese), che presentano le stesse criticità in merito alla composizione dei criteri dell'offerta tecnica in precedenza evidenziate.

Per quanto sopra, è stato chiesto all'Autorità di esprimere avviso con riferimento alle future gare di analoga tipologia, in merito alla necessità che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica siano idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate e non possano, invece, essere riferiti, almeno integralmente, ai requisiti soggettivi dei concorrenti nei termini sopra indicati.

Considerazioni

Al fine di esprimere avviso sulla questione sollevata dall'ANCE, sembra opportuno osservare, in via preliminare, e *per gli aspetti di interesse ai fini del parere*, che l'art. 108 (*Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*) del d.lgs. 36/2023, dettato in recepimento dell'art. 67 della direttiva 2014/14/UE e in sostituzione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, pur apportando alcune modifiche in tema di criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici, si pone (nel complesso) in continuità con tale disposizione del previgente Codice.

La norma dispone, al comma 1, che le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti pubblici «sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8, con riguardo al costo del ciclo di vita».

Il comma 2 e il comma 3 individuano, rispettivamente, i casi in cui è obbligatorio il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e i casi in cui è consentito il ricorso al criterio del minor prezzo.

La disposizione valorizza il ricorso al primo criterio di aggiudicazione (oepv), quale criterio applicabile in via generale per tutti gli affidamenti, potendo la stazione appaltante ricorrere al secondo (minor prezzo) in via residuale, ossia per le specifiche ipotesi di acquisti di servizi/forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, con esclusione dei servizi ad alta intensità di manodopera.

Tale valorizzazione dell'oepv, volta a perseguire l'obiettivo di individuare l'offerta migliore **sotto il profilo qualitativo**, emerge in particolare dalle previsioni del comma 4 dello stesso art. 108, riferito alla necessità (analogamente al previgente art. 95 del d.lgs. 50/2016) di individuare criteri oggettivi di valutazione delle offerte, connessi all'oggetto dell'appalto e agli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, invitando la stazione appaltante a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta e individuare criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Più in dettaglio, la previsione citata dispone che «I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione, le stazioni appaltanti, incluse le centrali di committenza, nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, tengono sempre in considerazione gli elementi di cybersicurezza, attribuendovi specifico e peculiare rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici. Nei casi di cui al quarto periodo, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento».

Il comma 6 della disposizione aggiunge che «I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quando riguardino lavori, forniture o servizi da fornire sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale».

Dunque l'art. 108, comma 4, del Codice in continuità con il previgente art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, stabilisce che i documenti di gara devono individuare i criteri di aggiudicazione dell'offerta e che tali criteri devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, valorizzando (tra l'altro) gli aspetti qualitativi dell'offerta medesima.

L'art. 108, comma 4 del Codice, come evidenziato anche dall'Associazione istante, non richiama specificamente ai fini sopra indicati, criteri di natura soggettiva dei concorrenti, ancorché la direttiva 24/2024/UE li contempli all'art. 67 (del quale l'art. 108 costituisce recepimento) tra i possibili criteri di valutazione dell'oeprv (come "organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto").

Inoltre, rispetto alla disposizione del previgente art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, che elencava in via esemplificativa i predetti criteri di aggiudicazione dell'offerta (riferiti anche ad aspetti organizzativi dell'impresa, alle qualifiche e all'esperienza del personale utilizzato nell'appalto), nell'art. 108 del d.lgs. 36/2023 tale elenco non è stato riprodotto.

Ciò è stato sottolineato anche nella Relazione Illustrativa del Codice, nella quale è stato osservato che «A differenza della formulazione del comma 6 dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è stata eliminata l'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati, che appaiono da inserire eventualmente in una normativa attuativa di carattere secondario».

L'art. 108 del Codice, quindi, ha lasciato alla stazione appaltante l'individuazione, nei documenti di gara, dei predetti criteri di valutazione dell'offerta, stabilendo espressamente l'obbligo per la stessa, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, di valorizzare nel bando di gara gli elementi qualitativi dell'offerta e criteri che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Sembra utile aggiungere a quanto sopra che la norma *de qua*, lascia altresì alla stazione appaltante l'individuazione, nell'ambito dell'oevp, del tetto massimo per il punteggio economico, fissato in precedenza (art. 95, co. 10-bis del d.lgs. 50/2016) entro il limite del 30 per cento ed ora previsto solo per i beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici (fissato in tal caso entro il limite del 10 per cento) e per i contratti ad alta intensità di manodopera (fissato entro il limite del 30 per cento).

A tal riguardo la Relazione Illustrativa del Codice ha evidenziato «come sia stato soppresso il comma 10-bis [del previgente art. 95 del d.lgs. 50/2016] che, allo scopo di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, disponeva, in assenza di analogo vincolo europeo, che la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (regola del 70/30). La scelta dell'eliminazione di tale regola è dipesa dall'analisi economica che ha dimostrato come la stessa contenga degli elementi critici, distorsivi del mercato, secondo quanto rilevato anche dall'A.G.C.M. con la segnalazione S4143 in data 23 marzo 2021 al Presidente del Consiglio dei Ministri. È prevalsa dunque la volontà di rimettere alle stazioni appaltanti la scelta di quanto incida l'aspetto tecnico e quello economico, svincolandole da soluzioni precostituite, in quanto tali necessariamente astratte. L'obiettivo perseguito dalla nuova formulazione è proprio quello di consentire la migliore fruizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adeguando il peso delle due componenti (prezzo e qualità) alle effettive caratteristiche dello specifico appalto. Questa valutazione è inevitabilmente rimessa alle stazioni appaltanti, nella consapevolezza che la scelta della formula è espressiva delle preferenze e degli obiettivi perseguiti. [...]».

Dunque, è rimessa alla stazione appaltante l'individuazione (anche) del tetto massimo per il punteggio economico nell'ambito dell'oevp, in relazione alle caratteristiche specifiche del singolo appalto.

Tale discrezionalità deve comunque essere esercitata nel rispetto dei principi fissati nel comma 4 dell'art. 108 del Codice sopra richiamato, secondo il quale gli elementi di valutazione dell'oevp individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, devono essere finalizzati a valorizzare la qualità dell'offerta e devono essere tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici della stessa. Principio dal quale sembrerebbe derivare l'impossibilità, per la stazione appaltante, di attribuire all'elemento economico (relativo al prezzo offerto) un ruolo preponderante rispetto ai profili tecnici nell'ambito dell'offerta stessa.

Analogamente, sulla base dello stesso principio, alla luce della mancata riproposizione nell'art. 108 in esame, dell'elenco dei criteri di valutazione dell'offerta contenuto nel comma 6 dell'art. 95 del previgente Codice (riferiti anche ad aspetti organizzativi dell'impresa) è demandata alla stazione appaltante l'individuazione dei predetti criteri, tenendo conto in ogni caso delle espresse previsioni del comma 4 dell'art. 108, riferito – come sottolineato – alla valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta.

La predetta stazione appaltante gode, quindi, di ampia discrezionalità nella determinazione dei singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e nella relativa ponderazione, da attuare secondo le previsioni dei commi 7 e 8 dell'art. 108 del Codice e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza rispetto all'oggetto dell'appalto.

Alla luce delle considerazioni svolte e con specifico riferimento agli aspetti che rilevano ai fini del parere, può quindi osservarsi che il nuovo Codice con riguardo alla valutazione dell'offerta tecnica, nell'ambito dell'oevp individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, analogamente a quanto previsto dal previgente art. 95 del d.lgs. 50/2016, stabilisce che la *lex specialis* deve valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta e individuare criteri che consentano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Sotto tale profilo, si assiste quindi ad una sostanziale continuità della disciplina in esame contenuta nell'art. 108 del d.lgs. 36/2023, rispetto alla previgente dettata dal d.lgs. 50/2016.

Anche nell'attuale assetto normativo di settore, quindi, può ritenersi confermato quanto indicato dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Autorità in ordine alle previsioni dell'art. 95 del citato d.lgs. 50/2016 e all'individuazione dei criteri di valutazione delle offerte nell'ambito dell'oevp considerando, altresì, le indicazioni provenienti dal disposto dell'art. 67 della direttiva appalti sopra citato.

In particolare, possono richiamarsi le indicazioni contenute nelle Linee guida n. 2/2016 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", ancorché riferite al previgente assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 50/2016, secondo le quali «le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. In altri termini, non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni minime - incluso il prezzo - con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati; si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara».

Nelle citate linee guida è stato aggiunto a quanto sopra che con l'art. 95 del d.lgs. 50/2016 (oggi sostituito dall'art. 108 del d.lgs. 36/2023) «viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione [...]». È stato quindi evidenziato che «Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente».

Dunque l'Autorità, anche in pronunce successive alle citate linee guida, ha ritenuto possibile prevedere nel bando di gara, nell'ambito dell'oevp, criteri di natura soggettiva (relativi ad esempio all'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto) al ricorrere di «due condizioni: che il criterio esperienziale getti luce sulla qualità dell'offerta e che il punteggio assegnato non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo» (atto del Presidente del 26 luglio 2023 n. 1332; anche delibera n. 567/2020-prec 57/2020/S).

In coerenza con l'avviso sopra illustrato, la giurisprudenza amministrativa ha osservato che il divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e oggettivi afferenti la valutazione dell'offerta «non risulta eluso o violato allorché gli aspetti organizzativi non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali, quindi in modo avulso dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, cioè come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi come parametro afferente le caratteristiche oggettive dell'offerta. Invero, il divieto di commistione tra criteri soggettivi e oggettivi non è assoluto, ma consente alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione dell'offerta, di prevedere nel bando di gara elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze

pregresse, a realizzare la specifica attività oggetto di gara (Cons. Stato, V, 17 marzo 2020, n. 1916)». Pertanto, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, le stazioni appaltanti hanno il potere discrezionale, purché esercitato in osservanza dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, «di fissare nella *lex specialis* elementi dell'offerta che, pur riferendosi in senso lato a requisiti soggettivi dell'operatore concorrente, in attenuazione del generale divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e oggettivi afferenti la valutazione dell'offerta, per la capacità di "illuminare" sulla qualità della stessa, rappresentano un elemento di quest'ultima, poiché esprimono la sua affidabilità (cfr. Cons. Stato, V, 20 giugno 2019, n. 4198)» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 1186/2022).

Il giudice amministrativo, quindi, così come l'Autorità, afferma la possibilità di applicare in modo attenuato il tendenziale divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, «alla duplice condizione a) che taluni aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente 'illuminare' la qualità dell'offerta e b) che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo» (Cons. Stato sez. V, n. 6026/2018; Cons. Stato, sez. V, n. 1916/2020).

I principi enucleati dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, espressi in relazione alle disposizioni dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, possono ritenersi attuali anche nell'assetto normativo recato dal d.lgs. 36/2023, posto che, come sopra osservato, l'art. 108 del d.lgs. 36/2023 si pone – per i profili in esame – in sostanziale continuità con l'art. 95 del d.lgs. 50/2016.

Sulla base di tali principi, che guidano l'interpretazione (anche) dell'art. 108 del nuovo Codice, può quindi ritenersi confermata l'impossibilità di prevedere nel bando di gara, elementi di valutazione delle offerte tecniche *esclusivamente* di tipo soggettivo (come nel caso, indicato nell'istanza di parere, delle certificazioni ISO che attengono precipuamente a requisiti soggettivi dei concorrenti) o che, per il punteggio assegnato, incidano in maniera preponderante sulla determinazione del punteggio complessivo dell'offerta e quindi sull'aggiudicazione del contratto.

Per quanto sopra

Il Consiglio

Ritiene che:

- anche nell'attuale assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 36/2023 (in continuità con il previgente d.lgs. 50/2016), sulla base delle previsioni dell'art.108 del Codice medesimo, dettato in recepimento dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti devono stabilire criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e tali criteri devono consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta.
- In tale contesto, tenuto anche conto delle previsioni del citato art. 67 della direttiva 2014/24/UE (contemplanti tra i possibili criteri di valutazione dell'oepr, anche taluni di natura soggettiva, come l'"organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto"), possono essere previsti nel bando di gara, elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, qualora gli stessi consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità della stessa, purché il punteggio attribuito a tali criteri non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo dell'offerta medesima, nei termini indicati.

- sulla base delle previsioni dell'art. 108 del nuovo Codice, alla luce dell'interpretazione della norma sopra proposta, può ritenersi confermata anche nell'attuale assetto normativo di settore, l'impossibilità di prevedere nel bando di gara elementi di valutazione delle offerte tecniche *esclusivamente* di tipo soggettivo (come ad es. nel caso delle certificazioni ISO che attengono a requisiti soggettivi dei concorrenti), nei termini in precedenza indicati.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario Valentina Angelucci