

Codice 50/2016 e decreto correttivo D.lgs. 56/2017:

Nuovo quadro normativo

- 1) **Utilizzo «obbligatorio» del criterio dell'OEPV sopra i 2 milioni di euro (art. 95, comma 4)**
- 2) **Divieto di appalto «integrato» : obbligo di andare in gara su progetto esecutivo salvo casi eccezionali (art. 59)**
- 3) **divieto di trasformare OEPV in massimo ribasso “mascherato” attraverso:**
 - **attribuzione di un tetto massimo al prezzo pari al 30% (art. 95, comma 10 bis);**
 - **le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta (art. 95, comma 14 bis).**

I criteri di valutazione (art. 95)

1) devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto;

2) oggettivi, e riferiti ad aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare:

- qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità;
- possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea;
- costo di utilizzazione e manutenzione
- compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda;
- servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione;
- «l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto»

Codice 50/2016 e decreto correttivo D.lgs. 56/2017: Le difficoltà

Il progetto definitivo (art. 23):

- individua compiutamente i lavori da realizzare,
 - contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma;
 - determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e
 - deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo.
 - Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.
- Nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti; che devono essere comunque collegate all'oggetto dell'appalto (art. 95 del nuovo Codice, comma 14)

Codice 50/2016 e decreto correttivo D.lgs. 56/2017:

Considerato che:

- Le varianti in offerta, infatti, *“si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale”*, e sono ammissibili *“purché non si traducano in una diversa ideazione dell’oggetto del contratto”* che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a. (su cui vedi Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 42 del 10 gennaio 2017, e Cons. di Stato, sent. n. 3481 del 2008 e n. 1925 del 2011).
- l’istituto delle varianti in sede di gara non può e non deve mai essere utilizzato per rimediare ad eventuali errori contenuti nel progetto posto a base di gara poiché ciò sarebbe stato ostativo al rilascio stesso della validazione del progetto e quindi alla possibilità di bandire la procedura di gara.
- La validazione del progetto garantisce infatti che lo stesso non contenga errori progettuali tali incidere sulla idoneità strutturale dell’opera nonché sulla sua conformità alla normativa vigente.

Linee guida ANAC n. 2 “Offerta economicamente più vantaggiosa” aggiornata con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio

1) *In generale, 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.*

2) *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.*

- segue-

- segue-

3) Con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica.

4) 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. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

ha, in più occasioni, operato una netta separazione tra la fase di selezione dell'offerente, da effettuarsi tramite criteri di idoneità o requisiti di partecipazione, e la fase di selezione della migliore offerta, da individuare tramite i criteri di aggiudicazione (cfr. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C.532/06; 19 giugno 2003, C-315/01).

il principio, di matrice comunitaria, relativo alla separazione tra fase di selezione e fase di aggiudicazione, viene posto ad evitare l'introduzione di criteri di valutazione di tipo dimensionale, e, dunque, a presidio delle capacità competitive delle piccole e medie imprese (che presentano un profilo esperienziale meno marcato).

«Public Procurement Guidance for practitioners»

Guida per le pubbliche amministrazioni che effettuano appalti pubblici, nella quale vengono elencati i più frequenti errori commessi nell'affidamento di opere pubbliche (in questo caso, cofinanziate dalle E.U.)

Individua tre differenti tipologie di criteri corrispondenti a tre differenti fasi della procedura ad evidenza pubblica:

- 1) Cause di esclusione;**
- 2) Criteri di selezione (servono ad individuare quali concorrenti sono idonei ad eseguire contratto);**
- 3) Criteri di valutazione dell'offerta (servono ad individuare quale dei concorrenti ha presentato l'offerta migliore).**

Tali criteri non devono mai essere confusi perché perseguono differenti obiettivi e rispondono a differenti domande.

Giurisprudenza: OEPV e requisiti di partecipazione

Sentenza del 17 gennaio 2018, n. 279, Consiglio di Stato, Sezione V

1) il Consiglio di Stato, in linea con le precedenti pronunce (cfr. anche con sentenze C.d.S. nn. 4191/2013 e 5181/2015), ha affermato che *“è necessario tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all’offerta ed all’aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell’incidenza dell’organizzazione sull’espletamento dello specifico servizio da aggiudicare”*

2) In ragione di ciò, CDS ha ritenuto non legittimi i criteri di valutazione dell’offerta che includono, ai fini dell’attribuzione del punteggio, elementi attinenti alla capacità tecnica dell’impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell’offerta.

3) la commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell’offerta può essere legittima solo nel caso in cui *“l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto ... possa[no] avere un’influenza significativa sul livello di esecuzione dell’appalto”*, ha precisato che l’eventuale eccezione può riguardare solo gli appalti di servizi (e non quindi gli appalti di lavori).

ANAC: Oepv e requisiti di partecipazione

1) Delibera n. 70 del 24 gennaio 2018

Condividendo le censure sollevate da ANCE in sede di precontenzioso, l'Autorità ha ribadito che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica attinenti a requisiti soggettivi dell'offerente *“non appaiono idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto un profilo qualitativo della prestazione offerta”*.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara individuava, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, la «struttura tecnica» dell'impresa, ossia la valutazione economica finanziaria dell'impresa, definita attraverso gli “indici psf” (ossia di indicatori di natura patrimoniale, finanziaria e reddituale).

Tali criteri, essendo riferibili piuttosto che alle migliori dell'offerta tecnica, a meri requisiti di partecipazione del concorrente, non sono stati ritenuti inadeguati ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti, sotto il profilo qualitativo dell'offerta.

OEKV e «Lavori Analoghi»

Nel sistema degli appalti di lavori pubblici, il possesso dei requisiti speciali necessari per la partecipazione viene dimostrato, per appalti di importo superiore a 150.000 euro e fino a venti milioni di euro, obbligatoriamente e unicamente attraverso l'attestazione SOA.

Tra i requisiti che il concorrente deve dimostrare ai fini dell'ottenimento dell'attestazione SOA, si annovera anche l'esecuzione dei lavori analoghi a quelli realizzati nelle categorie oggetto dell'attestato (art 79 del DPR 207/2010, comma 5, lettere b e c, tuttora vigente ai sensi dell'art. 216, comma 14).

L'idoneità della pregressa esperienza dell'operatore a partecipare allo specifico appalto viene quindi valutata e accerta al momento del rilascio dell'attestazione, da parte della SOA.

Tale esperienza, pertanto, non può essere nuovamente richiesta in fase di gara e assurgere a criterio di attribuzione del punteggio dell'offerta, pena una duplice ed indebita valutazione di analoghi elementi soggettivo/strutturali dell'impresa.

Oepv e lavori analoghi

«Public Procurement Guidance for practitioners»

Costituisce una “*bad practice*” la commistione dei criteri di selezione dei candidati con criteri di attribuzione del punteggio che si concreti, ad esempio, nella valutazione della pregressa esperienza in lavori analoghi.

ANAC: Oepv e lavori analoghi

2) Delibera n. 472 del 23 maggio 2018

Condividendo le censure sollevate da ANCE, l’Autorità ha ritenuto che “i criteri di valutazione di carattere soggettivo dell’offerta tecnica – attinenti alla pregressa esperienza in termini di lavori analoghi - non appaiono conformi alla normativa di settore in quanto concretamente non idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto il profilo qualitativo della prestazione offerta”.

“Pur tenendo conto della specificità dei lavori in questione, peraltro già “presidiata” dalla necessità di possedere la qualificazione SOA nella categoria OS2-A, ... il dato che sembra emergere con chiarezza dalle richiamate descrizione dei criteri motivazionali è il riferimento esclusivo della “esperienza maturata” a precedenti attività analoghe, senza alcun aggancio alle caratteristiche migliorative dell’offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione che si intende fornire nell’esecuzione dell’attuale appalto: le tecniche normalmente impiegate dall’appaltatore non possono infatti essere considerate coincidenti con le modalità offerte per l’esecuzione dell’appalto.

- segue -

- Segue -

Delibera n. 472 del 23 maggio 2018

«Non si rileva, in altri termini, alcun elemento direttamente attinenti agli aspetti evidenziati dall'art. 95, comma 6, D.lgs. 50/2016 ma bensì la semplice presunzione che le abilità dimostrate in precedenti lavori analoghi garantiscano di per sé una determinata qualità della prestazione offerta»

Ciò, vale anche per il settore dei beni culturali:

L'ANCE, in sede di precontenzioso, ha evidenziato che il legislatore nazionale, con l'adozione del D.lgs. 50/2016, in linea con direttive UE del 2014, ha eliminato per i lavori sui beni culturali la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere "gara per gara", accanto alla SOA, requisiti ulteriori di qualificazione connessi all'espletamento di lavori analoghi (in discontinuità rispetto art. 253, comma 30, D.lgs. 163/2006)

La scelta del legislatore, dunque, è stata chiara nel voler considerare pienamente qualificati i soggetti in possesso di idonea attestazione SOA nelle categorie richieste per l'intervento su tali beni sottoposti a tutela.

Ne discende quindi l'illegittimità di ulteriori requisiti di qualificazione (come i lavori analoghi), come tali illegittimi in quanto affetti dal vizio di violazione di legge ed eccesso di potere.

Ciò vale anche, laddove il requisito di qualificazione venga, come nel caso di specie "spostato" nella successiva fase di aggiudicazione, sotto forma di elemento rilevante per l'attribuzione di punteggio nell'OEPV.

E' evidente, infatti, che, in tal modo, l'effetto restrittivo della concorrenza si realizzerebbe comunque, sia pure "a valle" della fase di qualificazione.

Divieto di opere aggiuntive

Ai sensi dell'art. 95 del Dlgs. 50/2016, il criterio dell'OEPV, inteso come miglior rapporto qualità-prezzo, misura in particolare il pregio tecnico-economico dell'offerta.

La scelta non è quindi affidata al mero ribasso del prezzo, ma coinvolge una valutazione comparativa di altri elementi della prestazione attinenti *“aspetti qualitativi, ambientali sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”*.

In continuità con quanto previsto dalla previgente normativa – ai fini della valutazione dell'offerta tecnica fa esclusivamente riferimento a criteri qualitativi; e giammai, viene consentita l'introduzione di criteri di natura quantitativa; ciò, in quanto, sarebbe contraddittorio rispetto alla natura stessa del criterio.

Divieto di opere aggiuntive

Linee guida n. 2, anche nella versione aggiornata con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio,

Ai sensi del comma 14-bis, in caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta. La norma impedisce alla stazione appaltante di stimolare un confronto competitivo su varianti di tipo meramente quantitativo nel senso dell'offerta di opere aggiuntive, che potrebbero rivelarsi lesive del principio di economicità di esecuzione ovvero di qualità della prestazione principale. Il legislatore ha imposto di non tenere conto di elementi meramente quantitativi nell'ambito di offerte che debbono prestare attenzione alla qualità, visto che la quantità sconta le valutazioni dell'offerente (sulla base di quanto è stato già definito dalla stazione appaltante nel progetto e nel capitolato tecnico) nella parte riservata al prezzo".

Divieto di opere aggiuntive

la *ratio* sottesa a tale divieto è quella di evitare che il confronto tra le offerte avvenga esclusivamente o prevalentemente sull'elemento prezzo, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

«Public Procurement Guidance for practitioners»

In particolare, la guida stigmatizza come esempio tipico di “bad practice” l'attribuzione di punteggio all'offerta di prestazioni ulteriori e aggiuntive rispetto quelle richieste a base di gara

Uso di penali e durata del contratto

«Public Procurement Guidance for practitioners»

Definisce “bad practice” non conforme alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, la previsione, da parte delle stazioni appaltanti, di criteri di valutazione dell’OEPV relativi:

- all’uso di penali contrattuali, dove all’impegno da parte dell’offerente a pagare una penale più alta in caso di adempimento corrisponde l’attribuzione allo stesso di un punteggio più alto; tali penali, prevede la guida, se ritenute opportune, devono essere esclusivamente previste nei termini del contratto (pag. 74, n. 7).
- alla maggiore o minore durata del contratto; in particolare, la guida sottolinea che la durata del contratto deve essere prefissata nei documenti di gara e deve essere uguale per tutti i potenziali contraenti (vedi pag. 74, n. 8).

I CAM e L'OEPV (art. 34)

«2. I criteri ambientali «premiati» sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa»

«3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione»

Linee guida ANAC n. 2 “Offerta economicamente più vantaggiosa” aggiornata con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio

«I criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti (appositamente elaborate per le procedure aggiudicate sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo)».