

CLAUDIO CONTESSA*

***L'offerta economicamente più vantaggiosa:
brevi note su un istituto
ancora in cerca di equilibri *****

(marzo 2010)

* * *

SOMMARIO: 1. Un breve quadro d'insieme – 2. Introduzione al tema sotto il versante comunitario e interno – 3. Cenni comparativi sulle caratteristiche dell'istituto nella disciplina codicistica. Le peculiarità del modello normativo toscano. - 4. La questione dell'individuazione degli elementi di valutazione: il nodo degli elementi di carattere ambientale e sociale. - 5. Possibilità (e limiti) in tema di articolazione di sub-criteri e sub-punteggi: la posizione della giurisprudenza comunitaria e nazionale. - 6. La questione delle c.d. 'soglie di sbarramento': condizioni e limiti di ammissibilità - 7. L'assetto di dettaglio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nello schema di decreto attuativo del 'Codice dei contratti' - cenni

1. Un breve quadro d'insieme

Con il presente contributo mi propongo di esaminare, in particolare, quattro questioni.

*Profili generali
della questione*

In primo luogo, intendo fornire (pur senza pretesa alcuna di esaustività) una breve introduzione storico-sistematica al tema dell'offerta economicamente più vantaggiosa sotto il versante comunitario ed interno¹.

(*) Consigliere di Stato.

(**) Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni e l'aggiunta di note, il testo della relazione svolta a Lucca lo scorso 28 gennaio presso l'ANCE nell'ambito del Convegno dal titolo '*L'offerta economicamente più vantaggiosa nei contratti pubblici*'.

¹ Fra i numerosissimi contributi dedicati all'argomento in tempi più e meno recenti (e senza pretesa di esaustività), ci si limiterà qui a richiamare: A. CERCHIA, *Offerta economicamente più vantaggiosa, metodi cosiddetti 'multicriteria' e determinazione dei criteri di valutazione*, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 2/2006, p. 334 e segg.; R. CUSMAI, P. DE MARIA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa: i criteri vanno definiti nel bando*, in: *Diritto e pratica amministrativa*, fasc. 11/08, p. 26 e segg.; R. DE NICTOLIS, *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 9/2006, p. 1003 e segg.; *id.*, *Le novità del terzo (e ultimo) correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 11/2008, p. 1125 e segg.; C. LACAVA, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in: *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 12/2007, p. 1255 e segg.; C. LAMBERTI, *I criteri di valutazione possono essere integrati ma non modificati dalle commissioni di gara*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 4/06, p. 402; *id.*, *Precisazioni in tema di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 11/2007, p. 1332 e segg.; e segg.; M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 1/2007, p. 7 e segg.

In secondo luogo, mi propongo di fornire un breve inquadramento in ordine alla disciplina positiva riservata all'istituto in parola ad opera del Legislatore delegato del 2006, svolgendo – altresì – talune considerazioni in ordine alle autonome discipline regionali in tema di appalti pubblici che hanno riservato una disciplina specifica all'istituto in questione (e riservando, per comprensibili ragioni, una particolare attenzione alla legge della Regione Toscana n. 38 del 2007).

In terzo luogo, mi soffermerò sul problema dell'individuazione degli elementi/criteri di valutazione che vengono in rilievo nell'ambito applicativo del criterio di aggiudicazione in esame, soffermandomi in particolare sul rilevante nodo degli elementi di carattere ambientale e sociale.

In quarto luogo, mi concentrerò sulla possibilità (e sui relativi limiti) dell'articolazione di *sub-criteri* e *sub-punteggi* di valutazione, fornendo – altresì – un breve inquadramento in ordine alla posizione assunta al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

In quinto luogo, tratterò della dibattuta questione relativa all'introduzione – ad opera della *lex specialis* di gara - di particolari 'soglie di sbarramento' per l'esame delle offerte, interrogandomi, altresì, in ordine alle condizioni e ai limiti di una tale introduzione.

In sesto ed ultimo luogo, tenterò di fornire alcuni brevi spunti di riflessione in ordine alle previsioni che, nell'ambito dell'emanando regolamento di attuazione al Codice dei contratti, vengono dedicate alla questione dell'offerta economicamente più vantaggiosa².

2. Introduzione al tema sotto il versante comunitario e interno

Ritengo di iniziare la mia analisi osservando che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur vantando ormai una storia applicativa piuttosto risalente nell'ambito dell'ordinamento nazionale³, non ha ancora conosciuto una piena sistemazione concettuale, né appare prossimo a conseguirla.

Ed infatti, limitando la presente indagine all'evoluzione normativa dell'ultimo quindicennio circa - ed al coevo dibattito svoltosi fra gli operatori del settore -, è possibile osservare che il ricorso all'OEPV sia stato - a seconda dei casi - enfatizzato (quale figura idonea a conferire flessibilità e qualità, in specie nel settore dei lavori), ovvero vivamente osteggiato (quale figura idonea a determinare incrementi di costi e di occasioni contenziose, ovvero quale fonte di ineliminabili vischiosità applicative).

In definitiva, nell'esperienza nazionale l'approccio al tema dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato troppo spesso accompagnato da vere e proprie suggestioni 'di campo', le quali non hanno sino a tempi recenti consentito, probabilmente, di apprezzarne appieno le caratteristiche oggettive e di giudicarne con serenità i (pur immancabili) limiti applicativi. Limiti che (sia detto solo per inciso) non riguardano la bontà *in se* del modello normativo (e la relativa *ratio*

L'approccio pendolare' alla tematica dell'OEPV

² Nel prosieguo del presente contributo, il criterio in esame verrà anche indicato con l'acronimo 'OEPV'.

³ L'istituto fu introdotto per la prima volta nell'ambito dell'ordinamento nazionale ad opera dell'art. 24 della l. 8 agosto 1977, n. 584 (recante '*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*').

ispiratrice), quanto piuttosto le sue declinazioni applicative nella concreta gestione delle procedure di gara.

Basti pensare al riguardo (e solo a mo' di esempio) alla dibattuta questione relativa al se il ricorso al criterio di aggiudicazione in questione risulti idoneo ad arrecare un maggiore o minore tasso di *trasparenza* nella gestione delle procedure d'appalto.

Secondo i fautori dell'istituto, infatti, la sua diffusione risulterebbe idonea a conferire al settore degli appalti nel suo complesso un apprezzabile livello di trasparenza, mercé la predeterminazione dei criteri e parametri di valutazione (nonché dei relativi pesi ponderali), imponendo alle Amministrazioni aggiudicatrici di esplicitare *ex ante* le 'regole del gioco' concorrenziale le quali presiederanno ai meccanismi di aggiudicazione (e riducendo – al di là delle apparenze – i margini di apprezzamento puramente discrezionale rimessi alle Commissioni di gara).

Nell'ambito di tale ottica, il conferimento alle Commissioni di gara di rilevanti ambiti di valutazione tecnico-discrezionale non rappresenterebbe affatto un elemento di attenuazione della trasparenza, atteso che l'esplicazione dell'attività valutativa resterebbe pur sempre ricondotta entro i binari applicativi fissati ad opera della *lex specialis* di gara attraverso la predeterminazione dei criteri e parametri di valutazione.

In definitiva, il modello applicativo in tal modo delineato non conferirebbe alle Commissioni giudicatrici un margine valutativo ontologicamente diverso rispetto a quello esistente in qualunque altro settore di attività caratterizzato dall'esercizio di discrezionalità tecnica, né attenuerebbe in qualche misura l'ambito del vaglio operabile in sede giurisdizionale a fronte delle determinazioni adottate.

Secondo i suoi detrattori, al contrario, l'espansione applicativa di un criterio di aggiudicazione il quale ripudia in via tendenziale il ricorso a meccanismi di carattere automatico o semi-automatico (e che segna necessariamente l'espansione dei poteri valutativi delle Commissioni di gara), rappresenta di per sé un viatico attraverso cui sarebbe possibile veicolare comportamenti e prassi applicative non ispirate alla trasparenza delle procedure.

Sotto tale aspetto, neppure la predeterminazione dei criteri e dei parametri di valutazione risulterebbe idonea ad attenuare il rischio di vischiosità applicative, evidente essendo che l'uso distorto del potere tecnico-discrezionale potrebbe agevolmente esplicitarsi anche all'interno di un quadro applicativo di regole caratterizzato da talune rigidità applicative.

In definitiva, l'obbligo di fissare *ex ante* i criteri e i parametri in parola sortirebbe piuttosto l'effetto di introdurre nel sistema ulteriori elementi di rigidità, e di complessità (con complessiva riduzione del livello di certezza giuridica) che non quello di contribuire ad incrementare la trasparenza dei criteri di aggiudicazione nel loro complesso.

Ciò, in quanto l'espansione delle regole formali non necessariamente si traduce in un maggior grado di trasparenza delle procedure, ma – al contrario – può tradursi in una ulteriore fonte di incertezza applicativa.

Ora, passando dalla sfera del dibattito pubblicistico all'ambito concreto della disciplina positiva, si osserva che l'approccio manifestato nel corso degli anni dal Legislatore (nazionale e regionale) al tema dell'OEPV ha risentito in modo rilevante delle suggestioni concettuali cui dinanzi si è fatto cenno.

Si osserva al riguardo che la legge Merloni (emanata nel corso di una particolare – e probabilmente irripetibile – temperie storico/sociale) prendeva le mosse da un approccio concettuale fortemente critico nei confronti

*Argomenti
in favore
dell'espansione
dell'istituto*

*Fattori di criticità
connessi
al suo utilizzo*

*Suggestioni
concettuali
e disciplina
positiva*

dell'espansione del criterio di aggiudicazione in esame e ne limitava applicazione a casi del tutto residuali⁴

Si osserva, inoltre, che la legge 109 del 1994 circondava il ricorso allo strumento in questione di una serie di vincolanti – ed evidentemente, sintomatiche - cautele normative (es.: l'indicazione tassativa e non integrabile ad opera delle stazioni appaltanti degli elementi oggetto di valutazione; l'indicazione meticolosa delle regole di composizione e di funzionamento delle Commissioni giudicatrici, nonché delle ipotesi di incompatibilità dei relativi membri).

Ma anche la legislazione regionale non è rimasta indifferente ad un approccio – per così dire - 'estremo' alla questione dell'ambito di applicazione del criterio dell'OEPV, palesando di volta in volta un atteggiamento di accentuato *favor* nei confronti della sua espansione applicativa, ovvero una irriducibile – e a tratti persino pregiudiziale – diffidenza.

Per quanto riguarda la Regione Toscana, viene in rilievo, in particolare, l'art. 36 della L.R. 13 luglio 2007, n. 38 (recante '*Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro*') il quale – nella sua originaria formulazione – annetteva carattere paradigmatico al criterio dell'OEPV nell'ambito degli appalti di interesse regionale, rendendo tendenzialmente residuale il ricorso al criterio dell'aggiudicazione al massimo ribasso⁵.

Ora, pur senza indulgere nella disamina puntuale di un quadro normativo ormai privo del carattere di attualità (e limitando le osservazioni agli aspetti di carattere generale tuttora utili all'esame del tema oggetto di indagine), si osserva che la scelta di politica normativa nell'occasione operata dal Legislatore regionale presentasse almeno due rilevanti aspetti di criticità:

In primo luogo, si rileva che l'individuazione dell'istituto dell'OEPV quale criterio di aggiudicazione tendenzialmente *paradigmatico* (e la correlativa limitazione dell'ambito decisionale in concreto rimesso alle Amministrazioni aggiudicatrici) sembrava presentare – sia pure, secondo un'ottica *rovesciata* – i medesimi problemi applicativi che avevano già indotto il Giudice della nomofilachia comunitaria a sancire l'illegittimità dell'originaria formulazione dell'articolo 21 della legge Merloni (Corte di Giustizia delle CE, sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, *Commissione vs. Italia*)⁶.

*L'OEPV
nella disciplina
della
legge Merloni*

*Cenni sulle
esperienze
regionali:
il caso
della Toscana*

*Dubbi
di ordine
comunitario
e costituzionale*

⁴ In particolare, il comma 2 dell'art. 21 della legge limitava il ricorso al criterio dell'OEPV ai soli casi di aggiudicazione mediante appalto-concorso e di affidamento di concessioni mediante licitazione privata.

Il successivo comma 3 vincolava le amministrazioni aggiudicatrici ad indicare *ex ante* l'ordine di importanza dei singoli elementi, mediante metodologie definite ad opera del regolamento (con conseguente limitazione della discrezionalità al riguardo esercitabile dalle stazioni appaltanti).

⁵ Nella sua originaria formulazione, il comma 1 dell'art. 36, cit., stabiliva che «*le stazioni appaltanti utilizzano per l'aggiudicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad esclusione dei casi nei quali la natura dell'appalto non lo consente, individuati e motivati in relazione alle caratteristiche ed alle condizioni della prestazione, con particolare riferimento all'assenza di impiego diretto di lavoratori e sulla base di specifiche linee-guida approvate [dalla Giunta regionale]*».

⁶ La sentenza in questione è pubblicata in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, 2004, p. 3336, con note di F. LUBRANO e M. SANINO e segg.; *Riv. giur. edilizia* 2005, I, p. 361, con nota di Tanzarella; *Giur. It.*, 2004, p. 159.

Come è noto, con la pronuncia in questione, i Giudici di Lussemburgo ebbero a sancire l'illegittimità *de jure comunitario* della previsione di cui all'art. 21, l. Merloni per la parte in cui, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, imponeva invia tendenziale alla stazione appaltante di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

Secondo i Giudici comunitari, infatti, la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione, risulterebbe idonea a privare le

Anche nel caso della norma toscana, infatti, la rigida predeterminazione ad opera del Legislatore del criterio di aggiudicazione cui fare in concreto ricorso risultava idonea a limitare la libertà delle Amministrazioni aggiudicatrici nell'individuare, in relazione al singolo appalto, il criterio maggiormente idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione dell'offerta più confacente ai bisogni della stazione appaltante.

In secondo luogo, si osserva che la scelta di politica normativa nel caso di specie operata dal Legislatore regionale presentasse rilevanti criticità di ordine costituzionale in ordine alla questione del riparto della potestà legislativa in tema di criteri di aggiudicazione (questione che, come è noto, il comma 3 dell'art. 4, d.lgs. 163 del 2006 risolve nel senso dell'ascrizione di tale ambito disciplinare alla potestà esclusiva statale, ai sensi del secondo comma dell'art. 117, Cost.).

Ora, pur esulando dai limiti della presente disamina ogni indagine in ordine al riparto della potestà legislativa in tema di contratti pubblici, ci si limiterà ad osservare che la scelta operata da alcune regioni all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V, Cost. (nonché all'indomani dell'entrata in vigore del 'Codice dei contratti' del 2006) di rivendicare l'esercizio della potestà in questione in relazione al tema dei criteri di aggiudicazione, sembra ormai definitivamente superata, sotto il profilo sistematico, dalle pronunce della Corte costituzionale numm. 401 del 2007⁷ e 411 del 2008⁸.

Le pronunce in questione hanno, infatti, confermato la complessiva conformità a Costituzione di un disegno normativo primario il quale (ponendosi in parte quā come coerente traduzione di principi rinvenuti dalla *Grundnorm*) hanno negato la possibilità per il Legislatore regionale di recare discipline difformi rispetto a quelle di matrice statale – *inter alia* – in relazione all'ambito dei criteri di aggiudicazione, evidentemente ricondotti alla disciplina della *tutela della concorrenza* di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.⁹.

*Giurisprudenza
costituzionale
e disciplina
dei criteri di
aggiudicazione*

amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la particolare natura e le peculiari caratteristiche dei singoli appalti e non consente perciò di scegliere il sistema che appare più idoneo a garantire la libera concorrenza nel caso concreto

⁷ Si tratta, in particolare, della sentenza della Corte costituzionale 23 novembre 2007, n. 401. Fra i numerosissimi contributi relativi alla pronuncia in questione, ci si limiterà qui a richiamare (senza pretesa alcuna di esaustività): R. DE NICTOLIS: *La Corte costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 1/08, p. 5 e segg.; A. GHIRIBELLI, *Il codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture al vaglio della Corte costituzionale*, in: *Giur. It.*, fasc. 1/08, p. 8 e segg.; D. GALLI, C. GUCCIONE, *La giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione*, in: *Giornale di diritto amm.vo*, fasc.11/08, p. 1136 e segg.; A. DE LUCA, A. DI MAJO, *Lo Stato fa shopping di concorrenza negli appalti pubblici*, in: *Corr. Giur.*, fasc. 8/08, p. 1075 e segg.

⁸ Corte costituzionale, sent. 17 dicembre 2008, n. 411. Sul punto sia consentito richiamare il mio contributo dal titolo *Il Codice dei contratti prevale anche sulla normativa delle Regioni a statuto speciale*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 3/09, p. 301 e segg. Sul punto, v. anche: S. MUSOLINO, *Il Codice dei contratti pubblici si applica anche nelle regioni a statuto speciale*, in: *Corr. Giuridico*, fasc. 5/09, p. 640 e segg.; P. CARLUCCIO, R. FINOCCHI GHERSI, *Limiti alla competenza regionale esclusiva e obblighi di adeguamento alla legislazione statale in materia di appalti*, in: *Giornale di diritto amm.vo*, fasc. 2/09, p. 172 e segg.

⁹ Ai fini del presente contributo è comunque rilevante osservare che la scelta di politica legislativa sottesa all'originaria formulazione dell'art. 36 della L.R. Toscana 38/07 è stata comprensibilmente (e condivisibilmente) rivista all'indomani della pronuncia n. 401 del 2007.

Ed infatti, l'art. 19 della L.R. 29 febbraio 2008, n. 13 ha abrogato l'intero comma 1 dell'art. 36, cit., in tal modo rimuovendo in radice i profili di potenziale illegittimità costituzionale insiti nell'originaria formulazione della disposizione.

3. Cenni comparativi sulle caratteristiche dell'istituto nella disciplina codicistica. Le peculiarità del modello normativo toscano.

Con il presente paragrafo ci si propone di individuare taluni aspetti di particolare interesse della disciplina nazionale in tema di OEPV nel suo raffronto con il pertinente modello comunitario.

Non si ritiene, evidentemente, di svolgere un'indagine esaustiva circa i caratteri propri dell'istituto nella sua declinazione nazionale e regionale (il che trascenderebbe gli scopi e i limiti della presente indagine), quanto piuttosto di individuare alcuni profili in relazione ai quali le scelte di politica normativa interna presentano rilevanti peculiarità rispetto al paradigma comunitario (e, in particolare, con le previsioni di cui all'art. 53 della direttiva 2004/18/CE in tema di appalti nei c.d. 'settori classici').

Sotto tale aspetto, l'indagine si concentrerà su tre aspetti.

La prima notazione riguarda la questione dell'elencazione (che comunque, conformemente al modello comunitario, riveste nella legislazione nazionale un carattere meramente esemplificativo)¹⁰ degli elementi e criteri di valutazione che le stazioni appaltanti possono porre a base dell'aggiudicazione:

Al riguardo si osserva che, se per un verso l'elencazione trasfusa al comma 1 dell'art. 83 del 'Codice' riprende in massima parte l'analoga elencazione di cui all'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, per altro verso la declinazione normativa nazionale si distingue dal modello comunitario per una maggiore specificazione delle caratteristiche ambientali che possono contribuire a determinare la complessiva valutazione dell'offerta¹¹.

Al contrario, nell'ambito della disciplina nazionale di cui all'art. 83, cit. (così come nell'ambito del paradigma comunitario di riferimento) manca una menzione espressa in ordine alla valutabilità di *elementi di carattere sociale*, di cui – al contrario – è menzione nell'ambito di alcune normative regionali, fra cui quella toscana¹².

La seconda notazione riguarda le novità che il 'Codice dei contratti' ha recato in tema di ponderazione degli elementi/criteri di valutazione nell'ambito del criterio dell'OEPV:

Al riguardo, si osserva che:

- mentre la legge Merloni non sanciva l'obbligo per le stazioni appaltanti di determinare *ex ante* il peso relativo dei criteri e degli elementi di valutazione (limitandosi piuttosto a prescrivere che il bando indicasse l'ordine decrescente di importanza dei singoli elementi);
- al contrario, il d.lgs. 163 del 2006 (art. 83, co. 2) obbliga le stazioni appaltanti a fissare già in sede di bando il valore ponderale attribuito a

Il modello nazionale di OEPV e i principali raffronti con il diritto UE

La disciplina nazionale e l'indicazione delle caratteristiche ambientali

(segue): la ponderazione degli elementi/criteri di valutazione

¹⁰ Si osserva al riguardo che il paragrafo 1 dell'art. 53 della direttiva 2004/18/CE reca (a titolo, appunto, esemplificativo) un'elencazione di possibili criteri di valutazione, indicando espressamente la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione delle lavorazioni

¹¹ L'attuale formulazione della lettera e) del comma 1 dell'art. 83 del 'Codice' (come modificato ad opera del d.lgs. 113 del 2007 – c.d. 'secondo correttivo' al Codice dei contratti -) contempla – nel più ampio *genus* dei criteri riferiti alle caratteristiche ambientali delle lavorazioni – «il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto»

¹² Al riguardo, è interessante osservare che il comma 2 dell'art. 36, L.R. Toscana 38 del 2007 stabilisce che le stazioni appaltanti, nella definizione degli elementi di valutazione dell'offerta (e per le ipotesi in cui sia previsto l'impiego diretto di lavoratori), tengano conto – *inter alia* – di «*misure per l'inserimento lavorativo di persone disabili, di disoccupati di lungo periodo e di lavoratori in cassa integrazione*»

ciascun elemento/criterio di valutazione (in tal modo rendendo residuale l'ipotesi in cui l'Amministrazione possa limitarsi ad indicare l'ordine decrescente di importanza dei singoli elementi).

La terza notazione di interesse in ordine all'intervento normativo statale in esame riguarda la scissione fra:

- da un lato, gli *elementi/criteri di valutazione* in senso proprio (dei quali deve essere fatta espressa menzione nell'ambito del bando, anche in relazione all'eventuale articolazione in *sub-criteri* e *sub-punteggi*) e
- dall'altro, le *condizioni particolari per l'esecuzione del contratto* (che, pure, devono essere incluse *ab initio* nell'ambito della *lex specialis* di gara), le quali non costituiscono oggetto puntuale di valutazione ma obbligano comunque gli offerenti al rispetto delle relative prescrizioni (d.lgs. 163 del 2006, art. 69).

Per quanto riguarda, poi, la disciplina particolare che la Regione Toscana ha conferito alla materia dell'OEPV (e pur nella consapevolezza dei limitati margini di intervento che residuano alla legislazione regionale una volta acquisita l'ascrizione della materia in questione alla competenza esclusiva statale – art. 4, co. 3 del 'Codice' -), si segnalano come di particolare interesse sistematico due disposizioni.

La prima è rappresentata dall'art. 14 della legge regionale n. 38 del 2007, il quale sembra obbligare le stazioni appaltanti ad includere in modo necessario nell'ambito degli elementi/criteri di valutazione nell'ambito dell'OEPV: *a*) le misure aggiuntive in tema di sicurezza e salute dei lavoratori, nonché *b*) i requisiti di sicurezza connessi all'utilizzo del bene (per il caso di appalti di forniture).

Sotto tale aspetto, la disciplina regionale in questione sembra presentare alcuni aspetti di possibile criticità comunitaria in relazione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui è in via tendenziale vietato per le Autorità nazionali prefissare in modo vincolante (in positivo ovvero in negativo) gli elementi da porre a fondamento delle decisioni di aggiudicazione, in tal modo privando le Amministrazioni aggiudicatrici della facoltà di individuare autonomamente il criterio maggiormente idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta¹³.

La seconda previsione di particolare interesse sistematico è rappresentata dall'articolo 30 della L.R. 38 del 2007, cit., il quale prevede l'adozione, da parte della Giunta Regionale, di specifiche *linee-guida* per le stazioni appaltanti e di capitoli relativi a particolari tipologie di appalto, i quali rechino l'indicazione dei parametri utili alla valutazione dell'OEPV.

La richiamata previsione normativa pone rilevanti problemi di ordine sistematico per ciò che attiene la questione della valenza prescrittiva o meno per le Amministrazioni aggiudicatrici in ambito regionale delle prescrizioni rinvenienti dalle richiamate linee-guida.

Ed infatti, mentre – per un verso – potrebbe ritenersi che il documento in questione risulti idoneo ad individuare parametri utili a valutare l'esercizio in concreto della discrezionalità da parte delle stazioni appaltanti (in tal modo costituendo *anche* idoneo parametro di giudizio in relazione alle diverse figure sintomatiche dell'eccesso di potere), per altro verso (ed in modo più persuasivo) potrebbe ritenersi che le linee-guida regionali rappresentino null'altro, se non *meri atti di indirizzo* da cui le Amministrazioni aggiudicatrici possono discostarsi

*Brevi
considerazioni sui
modelli regionali:
il caso toscano*

¹³ Sotto tale aspetto, valga nuovamente il richiamo alla pronuncia della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2004, dinanzi richiamata in nota 5).

– se del caso, previa adeguata motivazione – in sede di puntuale predisposizione dei bandi di gara.

4. La questione dell'individuazione degli elementi di valutazione: il nodo degli elementi di carattere ambientale e sociale

Venendo, quindi, alla questione dell'individuazione degli elementi/criteri di valutazione nell'ambito dell'OEPV, occorre osservare in primo luogo che la scelta del Legislatore nazionale e regionale (conformemente, del resto, al pertinente paradigma comunitario) si è orientata nel senso di attribuire carattere *meramente indicativo ed esemplificativo* all'elenco di elementi/criteri normativamente fissati.

Il carattere solo esemplificativo dell'elenco normativo di elementi/criteri

Operando in tal modo, si è sortito un duplice effetto:

- da un lato, quello di superare il principio della tassatività nell'individuazione di tali criteri (principio che aveva ispirato la *ratio* di fondo della 'legge Merloni' in sede di disciplina dell'OEPV);
- dall'altro, quello di configurare in capo alle stazioni appaltanti, in sede di concreta individuazione degli elementi e criteri di valutazione, il solo limite della *pertinenza con la natura, l'oggetto e le caratteristiche* del contratto da stipulare.

L'evidente precipitato sotto il versante disciplinare di una siffatta scelta normativa è nel senso che alle Amministrazioni aggiudicatrici dovrà essere riconosciuto un amplissimo margine di discrezionalità nell'individuazione dei criteri e dei parametri ritenuti maggiormente idonei a consentire la scelta dell'offerta più confacente alle specifiche esigenze dell'Amministrazione.

Secondo generali principi, infatti, l'espansione di un tale ambito di discrezionalità incontrerà solo i consueti limiti della non irragionevolezza e della non manifesta abnormità in relazione alla natura e all'oggetto del contratto da stipulare.

La seconda questione di interesse in relazione all'individuazione degli elementi/criteri di valutazione è relativa al valore ponderale che è possibile attribuire alla voce-prezzo

La questione del valore ponderale da attribuire al fattore-prezzo

E' evidente, al riguardo, che laddove si consentisse alle Amministrazioni aggiudicatrici di annettere un valore preminente alla componente-prezzo (in modo tale da vanificare il contributo arrecato dalle altre componenti valutative - come accadeva nell'ambito del sistema delineato dal d.lgs. 406 del 1991 -)¹⁴, si vanificherebbe in concreto la *ratio* stessa dell'istituto dell'OEPV, ossia l'individuazione dell'offerta la quale presenti per l'Amministrazione il migliore rapporto qualità/prezzo.

Ed infatti, l'evidente complessità ed eterogeneità degli elementi che contribuiscono alla valutazione dei caratteri qualitativi dell'offerta postula che agli elementi in questione debba necessariamente essere riconosciuto un valore ponderale adeguato e tendenzialmente preminente rispetto al mero dato quantitativo riferito all'elemento-prezzo.

¹⁴ Si osserva al riguardo che l'art. 29, co. 1, lettera b) del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, nel definire in dettaglio i criteri e le modalità orientative del ricorso al criterio dell'OEPV, stabiliva che "(...) nel capitolato d'onere e nel bando di gara sono menzionati tutti gli elementi di valutazione che saranno applicati separatamente o congiuntamente nell'ordine decrescente di importanza loro attribuita; detti elementi di valutazione potranno essere formulati in termini di coefficienti numerici; in ogni caso all'elemento prezzo dovrà essere attribuita importanza prevalente secondo criteri predeterminati".

La terza questione di particolare interesse in relazione all'individuazione degli elementi/criteri di valutazione è relativa alla possibilità per le stazioni appaltanti di includere nell'ambito dei bandi di gara elementi e criteri di valutazione afferenti gli *aspetti ambientali e sociali* dell'opera.

Al riguardo, mette conto di segnalare che la giurisprudenza della CGCE aveva già ammesso, nella vigenza delle precedenti direttive in tema di 'settori classici' e a determinate condizioni, la possibilità per le stazioni appaltanti di includere fra i criteri di aggiudicazione anche i parametri ambientali e sociali.

Secondo la giurisprudenza della Corte, tuttavia, ciò era possibile a condizione che l'inclusione di siffatti parametri

- non rappresentasse una misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione,
- non violasse in altro modo il principio di libera prestazione dei servizi, ovvero
- il principio di non discriminazione in base alla nazionalità¹⁵.

La possibilità di includere criteri di aggiudicazione relativi agli aspetti ambientali e sociali dell'opera è stata espressamente ammessa dalla c.d. 'direttiva settori classici' (considerando 46)¹⁶.

Per quanto riguarda, in particolare, le esigenze sociali (che il d.lgs. 163 del 2006, secondo una tecnica di recepimento certamente legittima *de jure communitario* non ha espressamente menzionato), la direttiva 2004/18/CE ha consentito alle stazioni appaltanti di tenerne adeguatamente conto laddove esse siano proprie «*di categorie di popolazioni particolarmente svantaggiate cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto*».

Ora, per ciò che attiene le scelte operate in sede di stesura del 'Codice' in relazione alle esigenze di carattere ambientale e sociale, occorre segnalare una particolarità:

- mentre la questione delle *esigenze ambientali* è stata presa in considerazione sia per ciò che attiene gli elementi/criteri di aggiudicazione (art. 83), sia per ciò che attiene le condizioni particolari di esecuzione del contratto (art. 69);
- al contrario, la questione delle *esigenze sociali* è stata espressamente menzionata solo con riferimento alle condizioni particolari di esecuzione del contratto (art. 69), mentre essa non è stata in alcun modo richiamata in relazione agli elementi/criteri di aggiudicazione.

E' evidente, tuttavia, al riguardo che nulla impedisca alle Amministrazioni aggiudicatrici di colmare la richiamata lacuna normativa in sede di concreta predisposizione del bando, contemplando espressamente nell'ambito della *lex specialis* di gara criteri di valutazione espressivi di specifiche esigenze di carattere sociale.

La possibilità di introdurre elementi/criteri di carattere ambientale e sociale

Gli elementi di carattere ambientale e sociale: le scelte operate nell'ambito del 'Codice'

¹⁵ CGCE sentenza 17 dicembre 2002 in causa C-513/99 (*Concordia bus Finland*), in: www.curia.eu.

¹⁶ Secondo il considerando 46 della 'direttiva settori classici' "(...) Al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti ambientali, possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto. Alle stesse condizioni un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare bisogni - definiti nelle specifiche dell'appalto - propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto".

Intendo, a questo punto, svolgere alcune notazioni in ordine alle scelte di politica legislativa operate in sede di stesura della L.R. Toscana, n. 38 del 2007 per ciò che attiene la questione dell'inclusione dei requisiti sociali ed ambientali fra gli elementi/criteri di valutazione dell'OEPV.

Al riguardo, ritengo di segnalare due aspetti di particolare interesse:

- in primo luogo, la scelta del Legislatore regionale di individuare in modo piuttosto analitico (sia pure, meramente esemplificativo) i criteri di carattere ambientale di cui è possibile tener conto nell'ambito dell'OEPV;
- in secondo luogo, la scelta di individuare puntualmente le misure di tutela della salute dei lavoratori e di tutela dei lavoratori svantaggiati, di cui le stazioni appaltanti dovranno tenere conto in sede di concreta predisposizione dei bandi (articoli 14 e 36).

Elementi di carattere ambientale e sociale e legislazione regionale

5. Possibilità (e limiti) in tema di articolazione di sub-criteri e sub-punteggi: la posizione della giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Come è noto, le previgenti direttive ricorsi del 1989 e del 1992 (e la stessa legge Merloni) non imponevano alle stazioni appaltanti di fissare in modo dettagliato (già in sede di predisposizione del bando) il valore ponderale relativo da attribuire ai singoli elementi/criteri di valutazione.

Conseguentemente, in una prima fase, la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva ritenuto che, laddove il bando avesse comunque stabilito il valore ponderale dei singoli elementi/criteri di valutazione, la Commissione di gara avrebbe ben potuto procedere ad articolare le singole voci in sub-criteri e sub-punteggi, a condizione che una tale articolazione si traducesse in una mera specificazione circa la metodologia utilizzata nell'attribuzione del punteggio e che avvenisse prima che il seggio di gara avesse preso concretamente conoscenza del contenuto delle offerte¹⁷.

In una prima fase, l'approccio in questione era stato sostanzialmente avallato da una pronuncia della CGCE del novembre del 2005 (resa su ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato), la quale aveva chiarito che «*il diritto comunitario non osta a che una commissione giudicatrice attribuisca un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente (...) purché una tale decisione:*

- *non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'onere o nel bando di gara;*
- *non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;*
- *non sia adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti»¹⁸.*

Ora, nonostante il sostanziale avallo che la Corte di Giustizia aveva fornito alla possibilità per le Commissioni di gara di procedere all'articolazione di sub-criteri e di sub-punteggi, il Legislatore delegato del 2006 si era inizialmente

La fissazione di sub-elementi e sub-criteri nella pregressa giurisprudenza amministrativa

¹⁷ Sul punto, cfr. (*ex plurimis*): Cons. Stato, Sez. V, sent. 29 novembre 2005, n. 6773 (in: *Dir. & giust.*, fasc. 47/2005, p. 89); *id.*, Sez. V, sent. 25 luglio 2006, n. 4648 (in: *Foro Amm. Cons. Stato*, fasc. 7-8/2006, p. 2266).

¹⁸ CGCE, sent. 24 novembre 2005, in causa C-331/04. Sul punto, cfr.: C. LAMBERTI, *I criteri di aggiudicazione possono essere integrati ma non modificati dalle commissioni di gara*, in: *Urb. e appalti*, fasc. /06, p. 399 e segg.; M. GALLIASSO, *Commissione aggiudicatrice e specificazione dei criteri di valutazione*, in: *Giur.It.*, 2006, p. 6

mosso in una diversa direzione di massimo rigore, e (nella prima stesura del Codice dei contratti) aveva previsto:

- che l'eventuale articolazione di sub-criteri e sub-punteggi (laddove ritenuta necessaria) dovesse essere indicata già in sede di predisposizione del bando (e che non vi potesse provvedere autonomamente la Commissione aggiudicatrice);
- che la stessa Commissione aggiudicatrice, prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte, avrebbe dovuto fissare i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta al fine di attribuire il punteggio concreto in relazione a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione (art. 83, co. 4).

Ebbene, per ciò che riguarda la possibilità per le Commissioni di gara di procedere all'articolazione di sub-criteri e sub-punteggi, il fatto nuovo nel panorama giurisprudenziale è rappresentato da una pronuncia della Corte di Giustizia resa ai sensi dell'art. 234 TCE¹⁹ nel gennaio 2008 la quale (pur riprendendo i principi già espressi nella precedente pronuncia del novembre 2005) ha impresso alla questione un sostanziale 'giro di vite'.

Nell'occasione, infatti, i Giudici della nomofilachia comunitaria hanno affermato che *«nella materia degli appalti pubblici, il principio di parità di trattamento fra gli operatori e il dovere di trasparenza ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'Amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sotto-criteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara»*²⁰.

Ebbene, nonostante il quadro normativo delineato dal Legislatore delegato si fosse mosso sin dal 2006 nella medesima direzione di estremo rigore solo recentemente imposta dalla pronuncia della Corte di Giustizia da ultimo richiamata, in sede di stesura del c.d. 'terzo correttivo' (d.lgs. 152 del 2008), si è comunque ritenuto di intervenire sul testo dell'art. 83 del 'Codice', eliminando in radice la possibilità per le Commissioni aggiudicatrici, prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte, di fissare i criteri motivazionali cui si sarebbero attenute al fine di attribuire il punteggio concreto in relazione a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione (art. 83, co. 4).

Ad avviso di chi scrive si tratta di un tipo di intervento che (pur se sollecitato alle Autorità italiane da parte della Commissione europea) sembra superare il *quantum* di conformazione ordinamentale nell'occasione richiesto dalla Corte di Giustizia nel tipico esercizio della sua tipica funzione nomofilattica.

6. La questione delle c.d. 'soglie di sbarramento': condizioni e limiti di ammissibilità

La disamina relativa alle c.d. 'soglie di sbarramento' nell'ambito dell'OEPV prende le mosse da un disposto normativo probabilmente non del tutto perspicuo:

Il 'Codice dei contratti' opta per una linea di massimo rigore

Le novità introdotte dalla più recente giurisprudenza comunitaria

Gli interventi operati con il c.d. 'terzo correttivo'

¹⁹ Divenuto l'articolo 267 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

²⁰ CGCE, sentenza 24 gennaio 2008 in causa C-532/06. Sul punto, cfr. M. DIDONNA, *Predeterminazione nella lex specialis dei criteri di valutazione dell'offerta*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 5/08, p. 571 e segg.

Secondo il comma 2 dell'articolo 83 del 'Codice', infatti, «*il bando di gara (...) [elenca] i criteri di valutazione e [precisa] la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto fra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato*».

La questione delle 'soglie di sbarramento': il (perplesso) dato normativo

Ora, nonostante il carattere non adamantino della richiamata disposizione, appare evidente che la 'soglia' in questione:

- non si identifichi con gli elementi/criteri di valutazione in senso proprio (e non vada confusa con essi);
- non si identifichi con i criteri di ponderazione in senso proprio (e non va confusa con essi).

Più semplicemente, la richiamata nozione di 'soglia' comporta la possibilità per la stazione appaltante di prevedere, in relazione a ciascun elemento/criterio di valutazione (in specie, laddove riferito ad elementi *qualitativi* dell'offerta), un *quantum* parametrico minimo al di sotto del quale l'offerta *può* essere ritenuta inadeguata nel suo complesso.

Ebbene, dal punto di vista sistematico, la possibilità di prevedere in sede di bando soglie di sbarramento connesse ad elementi qualitativi dell'offerta risulta giustificata alla luce dell'esigenza pratica (propria del criterio dell'OEPV) di garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con la conseguenza di comportare l'esclusione di un'offerta (in astratto, conveniente sotto il profilo economico) in ragione della sua non conformità a determinati *standard* minimi fissati in sede di *lex specialis*²¹.

Ancora dal punto di vista sistematico, è possibile individuare (sia pure, con un qualche livello di approssimazione) una sorta di corrispondenza biunivoca fra:

Soglie di sbarramento e soglie di anomalia: un fondamento comune?

- da un lato, la previsione di *soglie* numeriche di *sbarramento* in relazione agli *aspetti qualitativi* dell'appalto e
- dall'altro, la previsione di *soglie di anomalia* in relazione agli *aspetti economico-finanziari* dello stesso.

Ed infatti (sia pure con tutti i *distinguo* imposti dall'obiettiva differenza esistente fra gli istituti in questione), in ambo i casi la previsione di un valore-soglia tendenzialmente insuperabile verso il basso risponde all'evidente esigenza di escludere dalla gara le offerte che (al di là di un'apparente convenienza) palesino il rischio di lavorazioni inadeguate ovvero di offerte nel loro complesso inaffidabili o inattendibili.

Ebbene, a parere di chi scrive, la questione delle 'soglie di sbarramento' pone all'attenzione dell'interprete almeno tre problemi di carattere pratico/applicativo.

In primo luogo, ci si domanda se sia legittimo collegare la 'soglia di sbarramento' ad un singolo elemento/sub-elemento di valutazione (evidentemente, ritenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice particolarmente *sensibile* nell'economia complessiva dell'appalto ed in relazione alle esigenze della P.A.), ovvero se sia necessario collegare tale valore di soglia in modo cumulato al complesso degli elementi relativi agli aspetti qualitativi dell'offerta.

²¹ In tal senso si era orientata la giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del 'Codice' dei contratti (sul punto, cfr. – *ex plurimis* -: Cons. Stato, Sez. V, sent. 3 marzo 2004, n. 1040, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc.3/04, p. 814).

Ad avviso di chi scrive, prevalenti ragioni sistematiche e testuali²² depongono nel senso che la risposta corretta sia nel primo dei sensi indicati, anche se la relativa previsione nell'ambito della *lex specialis* di gara deve comunque essere adeguatamente motivata, con particolare riguardo alle ragioni che hanno indotto l'Amministrazione aggiudicatrice ad individuare in relazione a *quel* determinato elemento elementi di sensibilità tale da giustificare la previsione di un valore-soglia inderogabile).

E' perfino superfluo osservare, al riguardo, che nulla impedisca all'Amministrazione di optare per un diverso modello volto a collegare la determinazione del valore-soglia al complesso degli elementi qualitativi dell'offerta.

In secondo luogo, il carattere non chiarissimo del comma 2 dell'art. 83, cit. impone all'interprete di interrogarsi in ordine al se il superamento (verso il basso) della soglia di sbarramento da parte della singola offerta ne determini in modo automatico l'esclusione, ovvero se sia ipotizzabile una procedura di verifica in contraddittorio del carattere – per così dire - 'anomalo' dell'offerta, in qualche modo assimilabile alla procedura di cui agli articoli 86 e 87 del 'Codice'

Soglie di sbarramento e carattere automatico dell'esclusione

Ad avviso di chi scrive la risposta corretta sembra essere nel primo dei sensi indicati conformemente con la nozione stessa di 'soglia di sbarramento', la quale non sembra lasciare margine alcuno per una sorta di verifica di congruità (quale quella ordinariamente operata a fronte delle ipotesi di anomalia in senso proprio).

Ad ogni modo, appare quanto mai opportuno che l'individuazione di voci parametriche in relazione alle quali predisporre clausole di sbarramento venga operata con particolare cura, onde evitare che le conseguenze espulsive vengano connesse ad elementi di valutazione non particolarmente significativi in relazione alla singola gara, ovvero espressivi di un elemento immotivatamente assunto quale parametro di particolare sensibilità nell'ambito dell'appalto.

In terzo luogo, lo scarno dettato normativo relativo alla questione delle c.d. 'soglie di sbarramento' induce l'interprete ad interrogarsi in ordine al se nell'ambito delle offerte da aggiudicarsi con il criterio dell'OEPV si possa legittimamente collegare una soglia di sbarramento all'elemento-prezzo.

E' possibile connettere una soglia di sbarramento all'elemento-prezzo?

Ad avviso di chi scrive al quesito dev'essere fornita risposta negativa, atteso che, in caso contrario, si introdurrebbe in modo surrettizio una sorta di spuria 'soglia di anomalia', peraltro in ipotesi non contemplate dalla legge e non assistite dalle garanzie procedurali di cui agli articoli 86 e segg. del 'Codice'.

Sotto tale aspetto, poi, un ulteriore evidente elemento di criticità sarebbe rappresentato dal fatto che, nelle ipotesi qui esaminate, l'esclusione interverrebbe in modo sostanzialmente automatico, senza consentire al partecipante a gara di offrire le proprie giustificazioni in sede di interlocuzione procedimentale.

7. L'assetto di dettaglio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nello schema di decreto attuativo del 'Codice dei contratti' - cenni

²² Ad avviso di chi scrive, un elemento testuale univoco il quale depono nel senso indicato nel testo, è fornito dal comma 2 dell'art. 83, d.lgs. 163 del 2006, il quale fa riferimento alla nozione di 'elemento' cui si riferisce la soglia (declinando il sostantivo al singolare), mentre nell'ipotesi in cui si fosse inteso fare riferimento ad una pluralità di elementi, l'opzione lessicale si sarebbe verosimilmente orientata sull'utilizzo del plurale.

Il testo dello schema di regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti, licenziato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri lo scorso 17 dicembre reca disposizioni di dettaglio in relazione all'istituto dell'OEPV, compendiandole in un unico articolo (il 120, rubricato '*Offerta economicamente più vantaggiosa – Commissione giudicatrice*').

Fra gli aspetti di particolare interesse desumibili dall'esame della disposizione in parola, ritengo di segnalarne in particolare quattro:

In primo luogo viene in rilievo l'obbligo (per le gare in cui all'appaltatore è demandata anche la progettazione esecutiva dell'opera) di assegnare agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali dell'opera un punteggio non inferiore a 65/100.

La previsione in questione ipostatizza sotto il profilo regolamentare un orientamento applicativo largamente invalso nella pratica degli appalti, favorevole a conferire un rilievo del tutto preminente agli elementi qualitativi dell'offerta rispetto al dato quantitativo dell'offerta economica.

In secondo luogo, si osserva che lo schema di regolamento conferma nella sostanza la previsione (già contenuta nell'allegato B del d.P.R. 554 del 1999) secondo cui il calcolo dell'OEPV avvenga attraverso il ricorso:

- al metodo aggregativo-compensatore, ovvero
- al metodo '*electre*', ovvero
- ad altro fra i metodi multicriteri o multiobiettivi elaborati dalla pertinente letteratura scientifica.

In terzo luogo, lo schema di regolamento in questione si segnala per l'individuazione di criteri di massima ai quali ispirare l'(eventuale) scelta di includere fra gli elementi/criteri di valutazione anche le esigenze ambientali e sociali²³.

Da ultimo, appare meritevole di particolare attenzione la specificazione in sede regolamentare delle ipotesi in cui è consentito reclutare i membri delle Commissioni di valutazione al di fuori delle dotazioni organiche delle stazioni appaltanti (in tal modo recando una specificazione puntuale delle previsioni di cui al comma 8 dell'art. 84 del 'Codice')²⁴.

²³ Si ritiene qui di richiamare il contenuto della seconda parte del comma 1 dell'art. 120, cit. Secondo la disposizione in questione, infatti, «(...) *al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio di cui all'articolo 2, comma 2, del codice nonché l'articolo 69 del codice, le stazioni appaltanti nella determinazione dei criteri di valutazione:*

a) ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, in relazione all'articolo 83, comma 1, lettera e), si attengono ai criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, e successivi decreti attuativi, nonché, ai fini del contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, ai criteri individuati con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro dello sviluppo economico;

b) ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali».

²⁴ Secondo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 120, cit., «è possibile ricorrere alla nomina dei commissari, ai sensi dell'articolo 84, comma 8, secondo periodo, del codice, nel caso di interventi complessi di cui all'articolo 3, comma 1, lettera l), ovvero nel caso di lavori di importo superiore a 25 milioni di euro nei quali le componenti architettonica e/o strutturale e/o impiantistica siano non usuali e di particolare rilevanza, ovvero in caso di affidamento ai sensi degli articoli 144, 153 e 176 del codice».