

Politecnico di Milano
Dipartimento di Architettura e Studi Urbani



MASTER UNIVERSITARIO DI II LIVELLO
“APPALTI E CONTRATTI PUBBLICI (MAC)”
A.A. 2022-2023

Logiche di Project Management applicate ai
systemi di valutazione delle offerte

Relatore
Prof. Domenico Ielo

Tesi Master
Francesco Guerriero

SOMMARIO

PREMESSA.....	4
PARTE I	12
I. Un breve inquadramento: i principi di diritto e i principi di natura.....	12
I.1. Sul metodo	12
I.2 Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina	13
I.3. Gli obiettivi macroscopici rinvenibili nelle fonti del diritto attuali	15
I.4. Fonti aliene al diritto.....	20
II. La raccolta delle esigenze: i rischi e le opportunità	24
II.1. I principi di gestione per la qualità: focalizzazione sul cliente e sulle parti interessate (<i>stakeholder</i>)	24
II.2. Individuazione e coinvolgimento degli <i>stakeholder</i>	27
II.3. Le esigenze degli <i>stakeholder</i> : analisi dei rischi e delle opportunità	31
III. L'impervio esercizio della discrezionalità amministrativa: gli aspetti di diritto.....	37
III.1 Sul metodo	37
III.2 La scelta dei criteri di aggiudicazione quale esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante	38
III.3 Formalismi per la costituzione della commissione e vincoli di derivazione giurisprudenziale.....	47
III.4. Una serie di considerazioni sull'individuazione di elementi non discrezionali per escludere profili di eccesso di potere	56
IV. L'impervio esercizio della discrezionalità amministrativa: aspetti pragmatici.....	60
IV.1 Sul metodo	60
IV.2 Sulla presentazione dell'offerta	61
IV.3 Le criticità della valutazione dell'offerta	65
IV.4 Rischi e opportunità nell'adozione delle formule	69
IV.5 Rischi e opportunità trasversali.....	72
CONCLUSIONE	74
V. La domanda fondamentale sulla vita, l'universo e tutto quanto.....	74
V.1 Sul metodo	74
V.2 L'architettura del sistema di valutazione.....	76

<i>V.2.1. Cosa valuto?</i>	77
<i>V.2.2. Cosa ritengo migliorativo?</i>	78
<i>V.2.3. Come valuto?</i>	79
<i>V.2.4. Come verifico le evidenze a sostegno della proposta?</i>	79
<i>V.2.5. Che succede se le proposte non sono conformi?</i>	81
<i>V.2.6. Che succede se non si tiene fede agli impegni assunti?</i>	82
V.3 Conclusione o un nuovo ciclo?	84
V.4 Un esempio di sistema di valutazione delle offerte	84
BIBLIOGRAFIA	85
FILMOGRAFIA	88
FONTI.....	89

PREMESSA

L'interessante definizione di progetto rinvenibile nelle norme UNI ISO 21502:2021 sulla gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio, astrattamente parla di uno *sforzo temporaneo per raggiungere uno o più obiettivi definiti*, superando la classica definizione di Graham¹ «*un insieme di persone e di altre risorse temporaneamente riunite per raggiungere uno specifico obiettivo, di solito con un budget determinato ed entro un periodo stabilito*» e promuovendo con ciò una visione di più ampio spettro che, per la fase di avvio, esula dai confini materiali di utilizzo di risorse (siano esse umane che economiche) ed al contempo si declina entro un perimetro di obiettivi definiti preventivamente.

La recente formulazione sopra riportata si pone in discontinuità anche rispetto la connotazione meccanica e routinaria dell'edizione immediatamente precedente della norma UNI ISO 21500:2013², che descriveva il progetto come una serie di operazioni concatenate e scadenze, volte al raggiungimento di obiettivi intrinseci del progetto (quasi dunque escludendo gli interessi collaterali) e perseguito con attività, freddamente rigorose e scadenze, volte a conseguire obiettivi e nel rispetto dei vincoli di risorse.

Seppur già in precedenza fosse pacifico ritenere che partecipano alla realizzazione del progetto anche l'organizzazione dei processi decisionali (compresi dunque quelli della fase di scelta del contraente), oggi, proprio dal tenore universale della citata definizione 2021, è doveroso considerare coinvolti nel progetto non solo gli obiettivi endogeni dello stesso (quali *in primis* la realizzazione dell'opera e la destinazione della stessa), ma anche quelli esogeni al progetto (quali la tutela della concorrenza, il perseguimento di finalità sociali, interessi di terzi al progetto, etc.).

Schematicamente le tappe del processo di produzione sarebbero dunque l'identificazione degli obiettivi, la ricerca delle risorse («*sforzi temporanei*») idealmente collegati dal progetto che è la strada da percorrere.

¹ R. J. GRAHAM, *Project management: cultura e tecniche per la gestione efficace*, Milano, Guerini, 1990.

² La UNI/ISO 21500:2013, *Indice in lingua italiana della norma tecnica UNI/ISO "Guida alla gestione dei progetti (project management)"*, assume che «*un progetto è costituito da un insieme di processi che comprendono attività coordinate e controllate, con date di inizio e di fine, realizzate allo scopo di conseguire gli obiettivi del progetto stesso, nel rispetto di vincoli interdipendenti di costi, tempi e qualità*».

La sintetica rappresentazione innanzi ripercorsa, ricondotta a una prospettiva di diritto amministrativo italiano, può essere declinata assumendo quale progetto il procedimento amministrativo, che va quindi ad identificarsi come un complesso di azioni che, partendo dall'istruttoria per il censimento dei fabbisogni e l'individuazione degli interessi da tutelare, identifica le risorse a disposizione e si conclude con l'adozione del provvedimento.

In tale declinazione, l'art. 3 comma 2 della L. 241/90, che sancisce che «*la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*», può trovare nella metodologia del *Project Management* un sostegno motivazionale alle decisioni intraprese nonché un approccio concreto volto al conseguimento del miglior risultato.

Superando il generale concetto di procedimento e calandolo nel procedimento di scelta del contraente, a maggior ragione, gli strumenti operativi di project management risultano idonei a supportare le decisioni del committente pubblico nelle sue funzioni di valutazione delle offerte: da un lato forniscono un approccio sistematico alla definizione delle regole di gara, dall'altro una scelta organizzativa per il miglioramento continuo del processo di valutazione.

In realtà, quello che si vuole in ultima istanza sostenere con questo lavoro, è incardinato nel moderno concetto di rischio quale «*effetto dell'incertezza sugli obiettivi*»³, non relegandolo, dunque, ad essere esclusivamente un potenziale spauracchio da esorcizzare ad ogni costo, ma considerandolo con duplice correlato risolto: rischio o opportunità.

Da tale impostazione ne discende una serie di ripercussioni concrete sui procedimenti (ivi compresi ovviamente quelli di scelta del contraente): il primo passo è la metodica cernita degli obiettivi (partendo dal censimento degli attori interessati al procedimento: i c.d. *stakeholder*), a ciascuno di essi è associata la probabilità che si verifichino una serie di eventi inattesi ed ognuno di essi potrà comportare vantaggi o svantaggi a seconda dei casi di differente intensità.

La dicotomia rischi-opportunità impone una doppia riflessione nella fase di progettazione del procedimento: non si dovrà prendere in considerazione i soli rischi

³ UNI ISO 45001 del 2018, *Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro – Requisiti e guida per l'uso*.

al fine di predisporre misure per l'abbattimento delle probabilità che l'evento di verifichi o per la mitigazione dei danni a questi consequenziali, ma, altrettanto accuratamente, sono da valutare le opportunità che possono sorgere ed i benefici che ne possano scaturire. È fondamentale superare la sola attenzione al danno (che sovente induce, per il timore degli eventi remoti e nefasti, a misure draconiane) e compiere lo sforzo di un bilanciamento tra rischi ed opportunità.

Banalmente il rischio, sotto i profili dell'aleatorietà del pericolo e dell'intensità del danno, è valutabile quantitativamente e da tale valutazione può scaturire la programmazione di contromisure da adottare. Da ciò in primo luogo discende che non tutti i rischi si manifestano con la stessa frequenza e non tutti gli eventi sono dannosi in egual misura: pertanto le misure di mitigazione e contenimento dovranno essere valutate in funzione dell'obiettivo che si prefigurano e saranno da intraprendere se i costi delle stesse bilanciano i possibili danni.

Tuttavia non ci si può fermare a questo, è indispensabile operare non solo sotto l'egida del rischio, ma anche per convesso, partendo dalle opportunità per poter al meglio soppesare quanto le misure di prevenzione e calmierazione prospettate possono incidere sulla possibilità dell'organizzazione di cogliere vantaggi: al fine di non considerare solo gli elementi di costo probabile ma anche quelli di minor vantaggio futuro. Non occorre dilungarsi su quanto sindacabile possa essere la posizione di un'organizzazione che non cura le possibili aree di investimento perché unicamente concentrata su come arginare ogni possibile evento dannoso.

Tuttavia, prendendo a prestito le parole di Kahneman, occorre soffermarsi su un aspetto notoriamente critico in ambito di decisioni su scelte aleatorie: «è *pressoché impossibile valutare in maniera adeguata, ossia in base alle credenze che appaiono ragionevoli quando la decisione fu presa*»⁴. La decisione figlia del bilanciamento prima ripercorso a grandi linee, per quanto possa avere un fondamento razionale ed una metodologia di determinazione, è, dunque, una decisione determinata in funzione di informazioni limitate e che pronostica eventi futuri ed aleatori (sia nella probabilità di accadimento che nell'intensità dell'evento) e, laddove una scelta presa in funzione di determinati *input* informativi si riveli poi fallimentare, non è per questo sindacabile *a posteriori*, sulla base di informazioni non note in origine o che comunque potevano

⁴ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012, p. 269-273, affronta il tema dei costi sociali del senno del poi che pregiudicano sia la valutazione della scelta precedentemente presa e rivelatasi poi fallimentare, ma, ancor più, limitano le scelte future per eccesso di zelo.

astrattamente essere prese in considerazione con sforzi oltre la normale assennatezza. Né tantomeno, con una valutazione *ex post*, è ammissibile sconfessare una decisione di assumere un rischio remoto, ma poi concretizzatosi, a fronte di una molto probabile, ma poi non avveratasi, dato che tale pratica induce a scelte intransigenti dettate dalla notoria “*paura della firma*”. Di tale aspetto morboso, nel seguito della sua trattazione, Kahneman ha modo di osservare che: «*poiché è difficile giudicar con il senno del poi l’aderenza a procedure operative standard, i decisori che prevedono che le loro decisioni saranno analizzate con il senno del poi sono indotti a trovare soluzioni burocratiche e a essere assai restii a correre rischi*»⁵. La siffatta ricostruzione sulla nascita della burocrazia, come figlia dell’avversione al rischio, consente di apprezzare al meglio le parole di Ricardo Semler che enfatizzano quanto: «*le burocrazie sono costruite da e per le persone che si sono impegnate a provare che sono necessarie, soprattutto quando si sospetta che non lo siano*»⁶. Quanto illustrato rappresenta un circolo deviato fondato sulla dicotomia “*errore-paura*” dal quale si innesta un’avversione per l’azione ben dura da districare.

Sul punto, rinviandosi ai richiamati studi di settore che autorevolmente affrontano la questione, di più immediato impatto è Sully⁷, un film biografico sul pilota di linea omonimo che ha affrontato un’inchiesta per aver violato i normali protocolli dopo aver preso la decisione di ammarare (senza vittime) sul fiume Hudson di New York: questi, durante il processo, dimostra che le condizioni su cui si basavano le simulazioni di volo in giudizio erano imprecise ed errate e, soprattutto, studiate ed elaborate per lungo tempo, eseguite a sangue freddo, in un ambiente asettico di simulazione e fondate su eventi noti solo *a posteriori* mentre, nella realtà, un pilota, che sta per rischiare un incidente, si trova in una situazione inaspettata, ad alto stress ed ha pochi istanti per decidere.

Quasi come per contrappasso, invece, con una cosciente gestione dei risultati ed una registrazione degli eventi infruttuosi, è possibile desumere i punti di miglioramento del procedimento, nonché poi consentire una più accurata programmazione propedeutica all’avvio di un nuovo ciclo: «*focalizzarci di meno su ciò che è sbagliato o mancante nelle persone e nelle situazioni circostanti e spostiamo*

⁵ Ivi.

⁶ R. SEMLER, *Maverick: lo straordinario successo di un’azienda che ha stravolto tutte le regole di gestione*, Milano, Bompiani, 1995.

⁷ Sully, 2016, C. J. EASTWOOD.

invece la nostra attenzione su ciò che è lì, sulla bellezza e sul potenziale. Sostituiamo il giudizio con la compassione e l'apprezzamento. Gli psicologi parlano di un passaggio dal paradigma basato sui punti di debolezza a quello basato sui punti di forza»⁸. Le parole di Laloux altro non testimoniano che la necessità di addentrarsi in un'analisi complessiva su punti di forza, debolezze, le opportunità e minacce, pronti a raccoglierne i risultati al fine di prepararsi al meglio per il successivo ciclo.

Calando quanto detto nell'ambito delle procedure di scelta del contraente, si vuole segnalare come il quadro normativo, essendo storicamente sviluppato in funzione di una logica prescrittiva (se non punitiva), aggravata da una lettura meccanica della disciplina (soventemente accompagnata da un'interpretazione rigida da parte di autorevoli Enti) ha dissipato costantemente opportunità, intese come occasioni per il perseguimento di principi ed obiettivi talvolta espressi dalla disciplina stessa.

L'approccio prescrittivo è rilevabile nella superata (solo in parte) logica giuscontabile, antecedente gli interventi del legislatore comunitario, che si poneva obiettivi di contenimento della spesa: il legislatore fissava stringenti disposizioni nel tentativo di raggiungere la maggiore convenienza economica possibile e confinava in una posizione residuale la cura di ogni altro obiettivo. A ciò si è con il tempo, in maniera sempre più preminente, si è affiancato l'obiettivo, dapprima di dissuadere i pubblici ufficiali dal porre in essere condotte di infedeltà, poi sfociato nella previsione di istituti volti a scongiurare fenomeni di malcostume.

Tuttavia la cronica convivenza di innumerevoli centri decisionali, di spesa e di potere ha storicamente condotto a più riprese al sacrificio dell'organicità della disciplina in favore di puntuali modifiche e interventi tampone molto spesso dettati dall'onda emotiva. Nel complesso dunque da un lato sono stati mancati gli obiettivi di spesa e contenimento del rischio corruttivo pur però avendo dilapidato occasioni di vantaggio rispetto ad obiettivi ignorati perché estranei alla spesa ed alla lotta alla corruzione.

Con l'avvento del Legislatore Comunitario, tuttavia, ci si è spinti oltre i già riportati obiettivi, dapprima assumendo come fine principale la tutela della concorrenza, poi, con le direttive del 2014, estendendo il concetto di efficienza della spesa pubblica che, come riportato sin dal considerando 2 alla Direttiva 2014/24/EU,

⁸ F. LALOUX, *Reinventare le organizzazioni - Come creare organizzazioni ispirate al prossimo stadio*, Milano, Guerrini Next, 2014, p. 75.

dovrà consentire *«ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale».*

Ancora poi nel seguito la direttiva, allorquando espone le ragioni di *favor* a sostegno del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il considerando 95 decreta che *«è d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l'innovazione, che è di primaria».*

Ad onore del vero, il Legislatore interno, in tale solco, con l'art. 95 comma 6 del D.lgs. 50/16 dispone che *«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 norma ha dunque dato risalto ad obiettivi eterogenei e diversi dall'elemento del prezzo che sino ad allora era predominante se non praticamente unico (la c.d. Merloni prevedeva l'assegnazione esclusivamente al prezzo più basso mentre il codice De Lise poneva come residuale il criterio dell'economicamente più vantaggiosa). È da precisare che da un lato la norma impone una connessione tra l'oggetto contrattuale ed elementi di valutazione (accantonando eventuali obiettivi estranei al singolo appalto ma tutelati dall'ordinamento giuridico) e, contestualmente, data la genericità ed astrattezza della formulazione, è stata tradotta operativamente con interventi normativi di dettaglio sorti a macchia di leopardo (si pensi ai criteri ambientali minimi applicabili che si riferiscono a talune aree merceologiche o alle recenti normative in materia di assegnazione di commesse PNRR applicabili solo in funzione della fonte di finanziamento).

Inoltre, la cernita e la cura di tali obiettivi a sostegno dell'individuazione degli elementi di valutazione, rappresenta un esercizio di discrezionalità della stazione appaltante che dunque incontra i limiti dettati dall'art. 95 comma 1 del D.lgs. 50/16: *«i criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti».*

Già solo le citate norme, nell'imporre una serie di vincoli, necessitano di doverosi approfondimenti circa:

1. L'individuazione di aspetti qualitativi che possano essere valutati con criteri oggettivi. Non v'è dubbio che aspetti qualitativi, necessitando per la valutazione di un approccio discrezionale, siano maggiormente esposti al rischio di un esercizio arbitrario del potere;
2. Il dover garantire una concorrenza effettiva. Ciò implica una riflessione sulla sostenibilità degli elementi individuati: per taluni aspetti, gli elementi di valutazione dovrebbero garantire un'asettica concorrenza e parità tra gli operatori tuttavia, per altri aspetti, in concomitanza sono da promuovere comportamenti virtuosi talvolta estranei all'oggetto della commessa che potrebbero far sorgere artificiali vantaggi competitivi. Ecco dunque ritornare il bilanciamento tra rischi ed opportunità sopra accennato;
3. La definizione degli strumenti per l'efficace verifica e valutazione delle offerte. L'individuazione di elementi di valutazione oggettivi a nulla varrebbe se non accompagnata da idonei metodi di valutazione: è necessario fissare il metro più idoneo a garantire da un lato parità di trattamento tra gli operatori ma al contempo appurare l'attendibilità delle proposte da valutare;
4. La verifica sull'accuratezza delle informazioni fornite dall'offerente. Il tema appare quasi un corollario al precedente punto, dovendo la stazione appaltante nel concreto interrogarsi sugli strumenti, sostenibili e pragmatici, che possono essere destinati alla verifica di quanto offerto e sia in fase di aggiudicazione che poi nel corso dell'esecuzione.

Alla luce di quanto detto, l'obiettivo che ci si prefigge di affrontare con questo lavoro è la progettazione del processo di valutazione delle offerte seguendo, sommariamente e grossolanamente, le tecniche di Project management al fine di raccogliere gli incidentali vantaggi scaturenti dall'attuazione di tali pratiche ovvero una maggiore dimestichezza nell'individuare gli elementi di valutazione, il sostegno motivazionale alle scelte intraprese, praticità nella valutazione delle offerte ma soprattutto, nel lungo periodo, benefici in termini di miglioramento continuo del processo di acquisto nonché del singolo oggetto contrattuale.

Per esigenze di sintesi e speditezza, dovendosi delimitare al massimo l'ambito della trattazione, si è deciso di affrontare il solo sub-procedimento di stesura del sistema di valutazione delle offerte che rappresenta uno dei momenti più centrali e

critici della fase di aggiudicazione degli appalti pubblici e lo si è fatto a grandi linee. Per le medesime ragioni si sono preferiti grossolani rinvii a quanto trattato dalla dottrina sul Project management tralasciandosi argomenti che risultano dibattuti e talvolta ci si riferirà a macro aree di studio senza però compiutamente individuarne il riferimento. L'augurio di chi scrive è di poter approfondire in separata sede, ben sapendo che l'intero procedimento di scelta del contraente (ma di certo anche ogni altro procedimento amministrativo) può trarre beneficio dall'attuazione della metodologia P.M. e che ogni aspetto trattato necessiterebbe di approfondimenti.

In particolare lo studio è stato organizzato volutamente in forma modulare così da poter quasi essere una prima argomentazione, nella speranza, in futuro, di poter condurre ulteriori approfondimenti di ricerca, che ci si prefigge di affrontare mediante la raccolta e lettura di dati statistici, sull'operato delle stazioni appaltanti in merito al processo di valutazione.

Un ultimo obiettivo, strettamente personale per chi scrive, è poter fornire agli operatori del settore strumenti in grado di contraddire nei fatti quanto ironicamente affermato da Richard H. Thaler Cass e R. Sunstein: *«gli esseri umani sono perfettamente capaci di fare le proprie scelte o, se non perfettamente capaci, di sicuro più capaci di chiunque altro (soprattutto se quel chiunque altro lavora nella pubblica amministrazione)»*⁹.

⁹ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 20.

PARTE I

I. Un breve inquadramento: i principi di diritto e i principi di natura

I.1. Sul metodo

Innanzitutto è doverosa una considerazione: nel corso del capitolo, un po' come la famosa visita del Louvre in meno di 9 minuti e 45 del film "*Bande à part*" di Jean-Luc Godard, sommariamente e superficialmente, sarà ripercorsa l'evoluzione in tempi recenti dei principi (o forse meglio degli obiettivi) in materia di valutazione delle offerte, cui seguirà un'elencazione di quanto rinvenibile nel quadro normativo vigente (o almeno vigente al momento in cui si scrive¹⁰), per poi richiamare intere branche di studi che, su temi correlati, con approcci esogeni e del tutto avulsi alle scienze giuridiche, possono offrire innovativi spunti di riflessione.

Nel corso del capitolo si vorrà limitare a consentire un apprezzamento fumoso di quello che si ritiene uno dei gradi quesiti che accompagna l'intera disciplina degli appalti pubblici (se non del diritto stesso): tradurre in una dimensione pratica ed operativa i principi, che per loro stessa natura sono generali ed astratti, soventemente di complessa attuazione e talvolta in contrasto tra loro.

Per quanto frettolosa la successiva elencazione, tuttavia, consente di osservare:

- quanto il tema abbia nel tempo condotto il Legislatore (comunitario ed interno) a fissare scelte di fondo eterogenee se non talvolta contrastanti;
- la presenza tra le fonti di taluni principi (anche non di diritto) che hanno concrete influenze operative sul processo di valutazione delle offerte;
- un approccio multi disciplinare al processo di valutazione delle offerte capace di individuare un ampio ventaglio di occasioni di miglioramento.

La scelta di non procedere a una disamina dettagliata dell'evoluzione delle fonti e del quadro giuridico di dettaglio (ci si soffermerà a richiamare solo i principi) è la conseguenza della volontà di mantenere una vista ampia sull'argomento tale da poter abbracciare un largo campo di temi (che si ritiene promettenti) sul governo del processo di valutazione delle offerte. La strada intrapresa ha come fine quello di superare una serie di criticità, spesso poco vagliate dalla dottrina in ambito giuridico, e fornire, attraverso rudimentali strumenti ampiamente in uso in altre discipline, nuove opportunità di miglioramento. Con la sintetica ricognizione esposta nel seguito si vuole

¹⁰ Il capitolo è stato redatto nel marzo 2023 quando sembrerebbe ormai imminente l'adozione di un nuovo dettato normativo che dovrebbe sostituire il D.lgs. 50/16.

solo indurre a una serie di riflessioni, che ci si augura poi possano trovare una prima macroscopica risposta nei capitoli seguenti.

Infine, è doveroso ricordare che la scelta operata di sintesi ha comportato almeno due ripercussioni: la prima è che il risultato finale, dovendosi operare una selezione su quali informazioni trasmettere e quali omettere, è per forza di cose approssimato; la seconda è che il risultato è artificiale nel senso che nel processo di selezione delle informazioni si è implicitamente modellata una rappresentazione ridotta dei temi affrontati e pertanto snaturata.

I.2 Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina

Tralasciando la disciplina più datata, si vuole partire dall'inizio degli anni novanta, allorquando a seguito dell'avvento della seconda generazione di direttive comunitarie in ambito appalti¹¹, si spiega una forte spinta riformatrice mossa principalmente in reazione ai noti fatti di Tangentopoli: la nuova disciplina, animata da un animo purificatore, indirizzata al rigore, sull'onda di una generalizzata sfiducia nel sistema appalti, voleva mettere freno agli ampi margini di discrezionalità precedenti e porre rimedi alle gravi disfunzioni e alla diffusa corruzione¹².

¹¹ Direttiva 88/295/CEE (che modifica la direttiva 77/62/CEE) in materia di "procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE", direttiva 89/440/CEE (che modifica la direttiva 71/305/CEE) in materia di "procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici" ed infine le c.d. "direttive ricorsi": direttiva 89/665/CEE in materia di "disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori" e direttiva 92/13/CEE in materia di "disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni".

¹² P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, 1995, n. 1-3, p. 253-269. L'autrice, nell'illustrare i lavori preparatori alla riforma Merloni, ripercorre le principali tappe dell'indagine conoscitiva in materia di esecuzione di opere pubbliche avviata dal parlamento e che ha visto coinvolte le maggiori autorità nel campo. I risultati di tale indagine, riportati nel documento conclusivo, tracciano i criteri di ispirazione della futura azione di riforma: "maggiore rigore, trasparenza e chiarezza, tenendo conto, da un lato delle fonti normative comunitarie sovraordinate". In particolare, ci si vuole riferire a quanto l'Autorità garante della concorrenza e del mercato presenta al Parlamento e alla Presidenza del Consiglio con la relazione "AS005 - Appalti pubblici e concorrenza" che solleva forti perplessità in merito all'esercizio della discrezionalità da parte delle stazioni appaltanti ma che allo stesso modo suggeriva «una selezione basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che permette all'amministrazione un apprezzamento comparativo più completo circa la convenienza tecnica ed economica delle singole offerte, consentendole di attribuire specifico rilievo, oltre che al prezzo, ad ulteriori elementi di valutazione quali il termine di esecuzione o di consegna, il costo di utilizzazione, il valore tecnico, la qualità, il carattere estetico e funzionale, ovvero il servizio di assistenza successivo alla vendita».

La riorganizzazione del sistema appalti attuata con la L. 109/94 c.d. “Merloni” trova nel ricorso quasi esclusivo al massimo ribasso¹³ il rimedio ai denunciati (da autorevoli commentatori ma soprattutto dall’opinione pubblica) eccessi di arbitrarietà nella valutazione delle offerte. Tuttavia, la soluzione percorsa, nel voler porre freno ad eccessi di potere nel processo di valutazione, confonde arbitrarietà con discrezionalità ed opera con uno sbrigativo divieto: un esempio di quanto detto in introduzione sulle misure di contenimento del rischio che, se attuate in assenza di adeguate valutazioni sulle opportunità mancate, cagionano un blocco sterile senza apprezzabili risultati in termini di riduzione del rischio.

Inoltre tale impostazione incontrerà poi la censura della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 - causa C-247/02¹⁴ che spingerà il Legislatore interno ad un cambio di paradigma, dapprima ammettendo, seppur come criterio residuale l’offerta economicamente più vantaggiosa, con la L. 166/02 c.d. “Merloni quater”, per poi con il D.lgs. 163/06, in fase di recepimento delle direttive appalti del 2004, assumere pariteticamente i criteri del minor prezzo e dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il successivo intervento normativo di recepimento delle direttive europee del 2014, in discontinuità con il passato, ha sancito il totale superamento delle logiche di compressione della discrezionalità delle stazioni appaltanti adottate in precedenza dalla “Merloni” ed ha relegato il massimo ribasso a ristretti ambiti sposando invece quale criterio principe quello dell’economicamente più vantaggiosa¹⁵.

¹³ L’art. 21 comma 1 della L. 109/94 in merito ai “criteri di aggiudicazione - commissioni giudicatrici” stabilisce che: «l’aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato: a) per i contratti da stipulare a misura, mediante ribasso sull’elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari, anche riferiti a sistemi o sottosistemi di impianti tecnologici, [...], per quanto compatibile; b) per i contratti da stipulare a corpo, mediante ribasso sull’importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante la predetta offerta a prezzi unitari; c) per i contratti da stipulare a corpo e a misura, mediante la predetta offerta a prezzi unitari». Per i soli appalto-concorso e per l’affidamento di concessioni (ma solo se con licitazione privata) è prevista una derogatoria possibilità di ricorrere all’offerta economicamente più vantaggiosa i cui elementi di valutazione sono strettamente previsti dalla norma stessa.

¹⁴ La Corte nella richiamata causa sostiene nettamente che «l’art. 30, n. 1, della direttiva dev’essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell’aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso».

¹⁵ Spingendosi addirittura a prevedere un’esclusiva competizione su elementi qualitativi, ai sensi dell’art. 95 comma 7 del D.lgs. 50/16: «l’elemento relativo al costo, [...], può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi».

I.3. Gli obiettivi macroscopici rinvenibili nelle fonti del diritto attuali

Prima ancora che ripercorrere il quadro normativo di settore, per poter meglio rappresentare la metodologia che si intende seguire, si vuole partire dal principio di ragionevolezza e proporzionalità, quale cardine del bilanciamento tra i principi ed in particolare su quanto osservato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza ILVA: *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»*¹⁶.

Dalla richiamata pronuncia è, innanzitutto, rinvenibile come il principio in parola esige uno sguardo complessivo: nessun principio è in una posizione di supremazia rispetto agli altri. Inoltre, un'analisi parcellizzata degli interessi in gioco ovvero un iper dettagliato esame di singoli aspetti può condurre a una strabica lettura foriera di disparità di trattamento.

La Corte Costituzionale, sempre sul medesimo principio, con una pronuncia in ambito disciplina penitenziaria, affronta un ulteriore risvolto del bilanciamento dei diritti fondamentali ovvero la doverosa massima espansione delle tutele di tutti i diritti coinvolti, in particolare affermando che: *«nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»*¹⁷.

La riportata pronuncia offre certamente una sponda a quanto più volte esposto in merito al conflitto che potrebbe nascere da misure di contenimento dei rischi incuranti dei costi in termini di opportunità a cui si rinuncia, tuttavia non si può tacere su un aspetto che ha comunque orientato il seguito dello studio: quanto pronunciato si spinge lì dove si ferma il concetto laico e razionale di ottimo paretiano¹⁸ interrogandosi su

¹⁶ Corte cost. 09/04/2013, n. 85.

¹⁷ Corte cost. 20/06/2013, n. 143.

¹⁸ L'allocatione delle risorse è tale che non è migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro.

come, ed in che misura, realizzare un incremento della tutela a fronte di un imprescindibile degrado di un altro diritto¹⁹.

Inoltre, come espresso dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza ILVA, «*la Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*», non è sufficiente una statica definizione del punto di equilibrio ma è doveroso un dinamico processo di bilanciamento. Ciò sposa esattamente quanto consigliato dalla metodologia di *Project Management*, quando, nel soffermarsi sui vincoli in conflitto che possono mutare e cambiare nel corso di un progetto, si afferma che «*il bilanciamento di questi vincoli mutevoli è un'attività di progetto continua, assieme al mantenimento della soddisfazione degli stakeholder*»²⁰. Tale tema è poi ancor più sentito negli appalti pubblici dove gli *stakeholder* sono numerosi ed il perimetro dell'ambito esterno (nonché il quadro normativo di riferimento) è a dir poco mutevole.

Quanto sopra espresso sulla necessità di una valutazione complessiva dettata dal principio di ragionevolezza, trova conferma nell'art. 1 della L. 241/90, che immediatamente delinea l'obiettivo cui mira il legislatore: «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge [N.B.: ovvero dall'intero ordinamento] ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità²¹, di pubblicità e di trasparenza*» e ciò, come poi specificato dal comma 2, senza aggravio del procedimento.

Ecco già da subito si impone un bilanciamento di principi i cui confini vanno sconnessamente a sovrapporsi: si afferma di dover perseguire ogni fine fissato da legge senza tuttavia gravare sul procedimento ed ispirandosi a economicità, efficacia ed imparzialità. Dal primo articolo della L. 241/90 si potrebbe fare un parallelismo con il c.d. «*triplice vincolo*» affrontato nel *Project Management* nella realizzazione di un progetto: la qualità di un progetto (per la L. 241/90 è il procedimento) è maggiore quanto maggiore è l'aderenza dei risultati (principio di efficacia) agli scopi fissati

¹⁹ La Corte quasi abbraccia quanto sostenuto da Amartya Sen con la dimostrazione matematica di irrealizzabilità dell'ottimo paretiano: in uno stato che voglia far rispettare le libertà, secondo Sen, si creerebbero situazioni in cui al massimo un solo individuo ha garanzia dei suoi diritti; in tale condizione sono possibili alternative, ma richiedono l'abbandono di uno o dell'altro postulato iniziale.

²⁰ Punto 2.5.2 della «Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide» (VII ed. italiana).

²¹ Si vuole ricordare che il principio di ragionevolezza e proporzionalità è stato desunto dalla Corte Costituzionale dall'art. 3 Cost. quale sinonimo di uguaglianza sostanziale al fine di limitare le scelte arbitrarie.

(principio di ragionevolezza e proporzionalità) perseguita contenendo costi (principio di economicità) e tempi (principio di non aggravio).

È poi alquanto scontato riportare quanto poi seguita a sancire l'art. 3 della L. 241/90 ovvero che il provvedimento amministrativo deve essere motivato con indicazione dei presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria: le ragioni fondanti che hanno spinto la P.A. nella determinazione del procedimento ed il processo logico deduttivo su cui si basa lo stesso devono essere contenute nella motivazione. Più volte nei paragrafi precedenti si è richiamata l'intenzione di dare particolare enfasi a metodi capaci proprio di rispondere all'onere motivazionale.

Sul punto offre un'importante occasione di riflessione quanto osservato dal ex presidente della Corte Costituzionale Cartabia che osserva come «*razionale e ragionevole sono due aggettivi che esprimono, entrambi, conformità a ragione; tuttavia non si tratta di termini equivalenti e interscambiabili, perché [...] essi presuppongono una diversa idea di ragione. [...] Nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi entrambi devono trovare un adeguato spazio, perché la razionalità logico-astratta e il sillogismo giuridico si rivelano del tutto inadeguati di fronte all'ampiezza dei principi costituzionali e in particolare nei giudizi sui diritti fondamentali*»²².

Si riporta tale profonda riflessione anche al fine di poter chiaramente affermare che, sebbene dall'attuazione della metodologia di *Project Management* e degli studi su euristica e organizzazione dei processi produttivi possono discendere una serie di vantaggi, non deve essere ignorata la specificità dell'ambito giuridico che si regge su una valutazione ragionevole e non freddamente razionale.

Il delineato orizzonte di obiettivi è grossomodo rinvenibile anche alla base del ragionamento del Legislatore comunitario e ripercorso sin dal considerando 1 alla direttiva 2014/24/UE ove si esplicita che «*l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo*

²² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26/10/2013.

riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza». Inoltre nel seguito, con il considerando 2 si afferma l'intenzione di *«accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale»* così assumendo che l'efficienza della spesa pubblica è innanzitutto data dalla partecipazione delle PMI agli appalti e dalla possibilità delle stazioni appaltanti di conseguire obiettivi condivisi e a valenza sociali. Infine, al considerando 3, è enunciato il *favor* del Legislatore comunitario per i diritti delle persone affette da disabilità che dovrebbero incidere nella determinazione, tra vari altri temi, dei criteri di aggiudicazione.

Alle richiamate finalità cui è destinato l'intero corpo delle direttive appalti, si affiancano, con i considerando che vanno dal 90 al 99, una serie di obiettivi specificamente connessi al processo di valutazione:

- l'aggiudicazione dell'appalto deve avvenire sulla base di criteri obiettivi, in condizioni di effettiva concorrenza (Considerando 90) sul punto si specifica poi che, sempre al fine di una leale concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici non godono di incondizionata libertà di scelta dei criteri (Considerando 92);
- è facoltà degli stati limitare il ricorso al massimo ribasso (Considerando 90);
- i criteri e le modalità che saranno applicati per l'aggiudicazione devono essere adeguatamente trasparenti e tali da consentire agli operatori economici di essere sufficientemente informati e su tutti i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la relativa ponderazione (Considerando 90);
- tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile sono criteri da considerare nel definire il miglior rapporto qualità/prezzo (Considerando 91);
- la valutazione dovrebbe avvenire in funzione di criteri, economici e qualitativi, connessi all'oggetto dell'appalto e che consentano una valutazione comparativa (Considerando 92);
- la direttiva contiene un elenco non esaustivo criteri di aggiudicazione comprendenti aspetti ambientali e sociali (Considerando 92);
- i criteri di aggiudicazione devono essere accompagnati da disposizioni che consentano l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti (Considerando 92);
- qualora determinate disposizioni interne fissino il prezzo per determinati servizi o forniture, è possibile una comparazione su una serie di fattori quali

esemplificativamente: condizioni di consegna e di pagamento, post-vendita, aspetti ambientali o sociali (Considerando 93);

- laddove la professionalità delle risorse umane influenzi sulla qualità dell'esecuzione, come criterio di aggiudicazione si potrà valutare l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato; stabilendo poi che eventuali sostituzioni del personale siano soggette ad approvazione del committente e subordinate all'inserimento di personale con pari professionalità (Considerando 94);
- l'approccio del *life cycle cost* può essere utilizzato nella determinazione dei criteri di aggiudicazione purché questi siano stabiliti anticipatamente in modo oggettivo e non discriminatorio ed essere accessibili a tutte le parti interessate. Tali criteri potranno riguardare ogni aspetto e in qualsiasi fase del ciclo di vita - dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso - essere orientati anche a prodotti del commercio equo vincolando tuttavia la valutazione al collegamento con l'oggetto dell'appalto ed escludendo criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale (Considerando 96 e 97);
- i criteri di aggiudicazione possono comprendere gli aspetti sociali del processo di produzione che si colleghino ai lavori, alle forniture o ai servizi oggetto dell'appalto (Considerando 98);
- con gli appalti si vuole favorire l'attuazione di pari opportunità, specie nel mercato del lavoro, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, la tutela delle persone svantaggiate, misure intese alla tutela della salute sul lavoro, formazione professionale necessaria al personale impiegato nell'appalto, inserimento dei disoccupati, (Considerando 98 e 99).

Una particolare menzione poi è riservata al considerando 126 alla direttiva 24/2014/UE che individua nella tracciabilità e trasparenza del processo decisionale la garanzia di leali procedure competitive nonché come baluardo per la lotta a corruzione e frode.

La lettura dei considerando alle direttive comunitarie, come meglio si dirà nei successivi capitoli, offre un'ampia gamma di principi ispiratori in fase di progettazione della griglia di valutazione e nella determinazione dei criteri di valutazione tale da garantire un valido e concreto supporto dell'istruttoria della stazione appaltante.

Non potendo prescindere dal richiamare alla mente il D.lgs. 50/16, si ritiene tuttavia che questo sotto il profilo degli obiettivi nulla aggiunge a quanto riportato in precedenza.

Anzi appare meritare, sotto il profilo degli obiettivi, un più ampio riferimento al testo di schema del Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato²³ per la revisione del codice degli appalti, che, diversamente da quanto oggi in vigore, nel augurarsi di essere «*un codice che racconti la storia*»²⁴, ai primi articoli fissa i principi ispiratori, annoverando tra essi una serie di obiettivi innovativi rispetto sia la previgente disciplina che rispetto il dettato normativo comunitario.

Per gli scopi del presente studio è confortante quanto riportato dal Giudice amministrativo in relazione al metodo utilizzato per la redazione «*rigorosamente multidisciplinare, sottoponendo le disposizioni man mano formulate a una verifica di “fattibilità tecnico/economica”, ossia a una realistica simulazione applicativa da parte di esperti di altre discipline e non soltanto da giuristi*»²⁵,

Parimenti si ritiene un sostegno alle finalità di questo studio quanto nel seguito della relazione affermato dal Consiglio di stato in merito alla necessità di ripercorrere i principi ispiratori della bozza di codice ovvero che: «*più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze*». Gli obiettivi ed i principi del testo assumono dunque il ruolo di spinta ma anche orientamento delle scelte discrezionali della stazione appaltante in contrapposizione con una disciplina rigida che condurrebbe le stesse a quella perdita di opportunità *leitmotiv* di questo lavoro.

I.4. Fonti aliene al diritto

Come in parte anticipato nel precedente paragrafo I.3, il procedimento amministrativo, ivi compreso il procedimento di valutazione delle offerte, nell’ottica

²³ CONSIGLIO DI STATO, 07/12/2022, *Schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*

²⁴ CONSIGLIO DI STATO, 07/12/2022, *Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, p. 9.

²⁵ *Ivi*, pg. 8.

del *Project Management* può assumere il ruolo di progetto ed in quanto tale trovare declinazione nelle metodologie descritte dalla Guida al *Project Management Body of Knowledge* (PMBOK® *Guide* - VII ed. italiana).

Partendo dagli studi nel settore uniti alla lettura degli *standard* di qualità in materia, in particolare la UNI 21502:21 Guida alla Gestione Progetti (Project Management), nel corso dei successivi capitoli sarà ripercorso il processo, in fase istruttoria, di redazione dei criteri di valutazione di un appalto e la successiva, in fase aggiudicazione, valutazione delle offerte.

Ci si prefigge quindi di attraversare due distinti processi: un primo di processo che ha come *input* le esigenze degli stakeholder interessati al procedimento (la cui individuazione sarà oggetto di successiva trattazione) ed il cui *output* è la griglia di valutazione; un secondo processo il cui *input* sono le offerte presentate dagli operatori economici ed il cui *output* è la valutazione delle stesse. Sono evidenti le interconnessioni dei due processi, le cui risultanze costituiscono reciprocamente un *feedback* da sfruttare in fase di riesame.

Tuttavia si è ritenuto opportuno spingersi oltre al semplice esercizio di scorrere il processo servendosi di tale metodologia e tentare di presentare alcune criticità, ma anche opportunità, che trasversalmente accompagnano la valutazione delle offerte ma che molto spesso sono trascurate.

Tuttavia nell'affrontare soprattutto nella fase di progettazione dei criteri di aggiudicazione, saranno presi ad esempio gli studi di Kahneman sull'euristica della scelta²⁶, ciò al fine di poter tenere debitamente in considerazione e, ove siano noti, attuare azioni di mitigazione del complesso di errori cognitivi inconsciamente perpetrati in fase di valutazione delle offerte. In tale ambito ci si riserva poi nel seguito presentare spinose questioni che vedono in netta contrapposizione quanto richiesto dall'ordinamento giuridico a stazione appaltante e commissione e quanto la realtà empirica osservata da Kahneman effettivamente origina. Saranno anche rappresentate, allorquando si tenterà di definire le metodologie per trasmettere in fase esecuzione le migliorie proposte dagli offerenti in fase aggiudicazione, le influenze dettate da quella che Kahneman definisce "*fallacia della pianificazione*"²⁷ e che nel mondo appalti potrebbe essere rinominata come "*bias della variante*" o anche "*bias del lock-in*".

²⁶ KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012.

²⁷ *Ivi* pg. 336

Un doveroso cenno poi a quanto appreso con gli studi di Laloux²⁸ che hanno consentito di approfondire temi di governo (quasi un ossimoro se riferito ai lavori dell'autore citato) delle organizzazioni, soprattutto in casi di conflitto o per decisioni in caso di crisi quali potenzialmente sono la fase di raccolta dei fabbisogni e redazione dei criteri di valutazione e la fase dei lavori della commissione tecnica per la valutazione delle offerte. Illuminante nell'esporre che è necessario «*sorvolare sulle differenze ed affermare che tutte le verità sono valide allo stesso modo*»²⁹ che sembrerebbe una più concisa e diretta espressione del principio di ragionevolezza costruito dalla Corte Costituzionale al fine di garantire che ogni tutela goda di pari dignità.

Infine, nel considerare la spinta alla digitalizzazione invocata e prospettata da legislatore ed autorevoli commentatori³⁰, ci si deve confrontare con temi rilevanti di tecnologie sempre più capaci di supportare ma anche manipolare l'uomo: nella necessaria innovazione tecnologica sono insiti i germi di quel capitalismo della sorveglianza teorizzato Shoshana Zuboff³¹ cui non sfuggono di certo i criteri di aggiudicazione delle procedure di scelta del contraente. In particolare il riferimento è a strumenti predittivi con cui gli operatori economici possono determinare la migliore offerta certamente avvantaggiati in caso di un'eccessiva esposizione della stazione appaltante a strumenti automatizzati di determinazione degli elementi di valutazione. Inoltre il tema pone un quesito di fondo dall'ampio respiro: se per un verso, un impersonale *tool* informatico ha la possibilità di limitare il rischio di arbitrio nella determinazione delle scelte (si badi bene: volutamente non si è parlato di azzeramento) per altro verso non si possono escludere errori nell'architettura delle scelte del *tool*, né tantomeno si può escludere una compromissione delle opportunità che possono discendere da una scelta discrezionale, che come sostenuto dal ex

²⁸ F. LALOUX, *Reinventare le organizzazioni. Come creare organizzazioni ispirate al prossimo stadio della consapevolezza umana*, (2014) Guerini Next, Milano, 2016.

²⁹ *Ivi* p. 80.

³⁰ Si cita tra i tanti il CONSIGLIO DI STATO, 07/12/2022, *Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, p. 10, afferma che per il successo della «*riforma occorre avverare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali "non legislative" [...] iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche*».

³¹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza - Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

presidente Cartabia è figlia, non già di un processo razionale, ma di una valutazione ragionevole.

II. La raccolta delle esigenze: i rischi e le opportunità

II.1. I principi di gestione per la qualità: focalizzazione sul cliente e sulle parti interessate (*stakeholder*)

Brevemente nel primo capitolo, nel dare enfasi alle similitudini tra L. 241/90 e le logiche base di *Project Management*, si è accennato del concetto di qualità senza tuttavia definirla compiutamente ma vagamente alludendo al c.d. “*triplice vincolo*” (aderenza dei risultati agli scopi prefissati nel rispetto di tempi e costi). Tuttavia il concetto di qualità, fulcro delle scelte dei *P.M.*, necessita di una serie di approfondimenti.

La definizione di qualità che è assunta dal vocabolario delle norme della serie ISO 9000:2015 è la seguente: «*la qualità dei prodotti e servizi di un'organizzazione è determinata dalla capacità di soddisfare i clienti e dall'impatto previsto e non previsto sulle parti interessate rilevanti. La qualità di prodotti e servizi comprende non solo le loro funzioni e prestazioni previste ma anche il loro valore percepito e il beneficio per il cliente*»³².

La qualità, per i *P.M.*, esprime il valore aggiunto di un prodotto o *deliverable* (esito per il quale è stato intrapreso il progetto) ed è tanto maggiore quanto più gli esiti sono capaci di: i) aderire alle aspettative espresse – ma anche implicite - degli *stakeholder* pertinenti; ii) soddisfare i criteri per l'accettazione degli esiti; iii) assolvere agli obiettivi di progetto e di prodotto; iv) sviluppare processi appropriati ed efficaci³³.

Innanzitutto, i sistemi di gestione della qualità si orientano, non solo verso la soddisfazione di esigenze e aspettative del cliente ma, in parallelo e con pari attenzione, si curano dell'impatto della qualità sulle parti interessate, tant'è che nelle generalità dei concetti fondamentali affrontati dal vocabolario ISO 9000:2015 è puntualizzato che: «*l'impatto della qualità va oltre la soddisfazione del cliente: esso può anche avere un effetto diretto sulla reputazione dell'organizzazione*»³⁴.

³² Punto 2.2.1 UNI EN ISO 9000:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Fondamenti e vocabolario*.

³³ Punto 3.8 della PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, *Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana), Newtown Square, Project Management Institute, 2021. Non ci si soffermerà, se non marginalmente nel capitolo successivo allorché si ripercorreranno i possibili elementi per la valutazione delle offerte, sul tema fondamentale della indispensabile necessità di intraprendere procedimenti, oltre che efficaci ed efficienti, anche sostenibili non solo sotto gli aspetti sociali e ambientali ma anche morali o finanche di mera immagine. Finanche un procedimento i cui esiti sono impeccabili, laddove abbia generato un procedimento moralmente, eticamente o reputazionalmente sconveniente, comporterà conseguenze negative non soltanto sugli esiti ma finanche sulla tenuta dell'organizzazione stessa.

³⁴ Punto 2.1 della UNI EN ISO 9000:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Fondamenti e vocabolario*.

La qualità va oltre la sola cura delle esigenze ed aspettative espresse dal cliente e la conformità degli esiti ai risultati attesi in fase di progettazione. È qualità far emergere quanto il cliente non ha espresso ed inoltre dare risposte a fabbisogni che non sono ancora percepiti dal cliente. Inoltre, è fondamentale per le organizzazioni osservare quanto le proprie azioni possano impattare, intenzionalmente o meno, sulle parti interessate rilevanti e ciò al fine di meglio gestire le reazioni di questi sulla reputazione. La mera conformità delle risultanze a quanto originariamente previsto e a quanto invocato dal cliente potrebbe non trasformarsi in una gestione in qualità poiché potrebbero mancare due tasselli fondamentali: le esigenze inesprese dei clienti e la reputazione delle parti interessate.

Come si vedrà (paragrafo II.2), così come genericamente espresso dalla ISO 9000, anche nel processo di redazione di una griglia di valutazione, le due dimensioni hanno un carattere rilevante: fermarsi a una raccolta dei soli desideri espressi del cliente (che nei processi di acquisto della P.A. ha il doppio volto del cliente interno e del cittadino), condurrebbe inevitabilmente a concepire modelli di valutazione sordi agli interessi diffusi o comunque, dato il perseguimento dei soli interessi espliciti, parzialmente rispondenti ai fini della P.A..

Il successo di un'organizzazione è raggiunto attraverso la cura del cliente e delle parti interessate rilevanti, e si realizza quando, nelle interazioni con questi, si colgono le opportunità per creare maggior valore: tali opportunità nascono quando sono comprese le esigenze, attuali e future, di clienti e di parti interessate e sono fonte di un successo durevole se collegate agli obiettivi dell'organizzazione³⁵.

Per poter procedere con la raccolta delle esigenze, è imprescindibile interrogarsi su chi sia il cliente e quali siano le parti interessate rilevanti. Dalla definizione di cliente si evince che egli è una *«persona o organizzazione che potrebbe ricevere, o che riceve, un prodotto o un servizio che è previsto per, o richiesto da, questa persona od organizzazione»*: il cliente è dunque un soggetto, attualmente o potenzialmente, percipiente un prodotto richiesto o comunque indirizzato a questi.

³⁵ Ivi punto 2.3.2.1. Secondo lo *standard* tecnico, la focalizzazione sul cliente - nonché sulle parti interessate rilevanti - è realizzabile attraverso una serie di azioni, elencate al punto 2.3.1.4, tese ad orientare l'organizzazione. In particolare: i) riconoscere i clienti diretti e indiretti come quelli che ricevono valore dall'organizzazione; ii) comprendere esigenze ed aspettative, attuali e future dei clienti; iii) collegare gli obiettivi dell'organizzazione alle esigenze e aspettative dei clienti; iv) determinare ed intraprendere azioni sulla base delle esigenze e aspettative delle parti interessate che possono influenzare la soddisfazione del cliente. Le azioni elencate, nel seguito della trattazione, saranno adoperate al fine di rappresentare le modalità operative per la raccolta delle esigenze.

Per i P.M., dunque, il censimento dei clienti non è un'analisi statica di posizioni cristallizzate ma un'indagine volta ad individuare potenziali clienti ovvero scandagliare nuove opportunità di estensione del proprio bacino di clienti. Tale censimento, nell'ambito dei sistemi di valutazione delle offerte, parte certamente dal cliente interno che ha manifestato l'esigenza di acquisto, deve estendersi a bisogni inespressi del cliente interno, ma non solo: deve poter coinvolgere anche aree della S.A. che, sebbene non originariamente inserite nel processo, potenzialmente possono trarre beneficio dall'acquisto³⁶. Inoltre, è indubbio che per le S.A., nella loro veste di Ente pubblico, riveste il ruolo di cliente, il cittadino o, nel caso di imprese pubbliche, l'utente finale: interrogarsi sui bisogni, attuali o futuri, di questi ovvero sulla possibilità di estendere benefici ad ulteriori categorie sociali è l'obiettivo delle P.A.

Come già anticipato, il concetto di qualità si esprime anche al di là della sola focalizzazione sul cliente: l'organizzazione deve considerare tutte le parti interessate rilevanti e l'individuazione di queste è fondamentale per comprendere il contesto in cui si muove l'organizzazione. Il dizionario ISO 9000 individua le parti interessate rilevanti nei soggetti che possono influenzare, essere influenzati, o percepire essi stessi come influenzati, da una decisione o attività, precisando che tali soggetti *«presentano un rischio significativo per la sostenibilità dell'organizzazione qualora le loro esigenze e aspettative non siano soddisfatte. Le organizzazioni definiscono quali risultati occorre fornire a tali parti interessate rilevanti per ridurre tale rischio»*³⁷. La definizione di parte interessata rilevante, così come formulata tecnico dallo standard sulla qualità, ha una doppia chiave di individuazione: da una parte, il soggetto è classificato in funzione del proprio (reale, potenziale o percepito) interesse agli effetti del progetto/procedimento, in secondo luogo, la classificazione muove dalla capacità del soggetto di influenzare la sostenibilità dell'organizzazione nel suo complesso. Tale doppio metro di classificazione dà vita a una serie di ripercussioni operative affrontate nel successivo paragrafo II.2.

³⁶ Sul punto si veda quanto illustrato nel successivo capitolo sulla strutturazione di un sistema di valutazione. Ad esempio: in una procedura, avviata sulla base di esigenze degli uffici tecnici, per l'affidamento di una fornitura di utensili: il sistema di valutazione potrebbe, per dare voce ad esigenze inesprese e prevedere, quale elemento di valutazione, un sistema di raccolta di *feedback* da parte dell'utilizzatore finale. Allo stesso modo, al fine di inglobare nel perimetro dei clienti potenzialmente coinvolti il RSPP dell'Ente, si potrebbe prevedere un punteggio premiale per proposte formative di un uso più cosciente degli utensili.

³⁷ Punto 2.4 della UNI EN ISO 9000:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Fondamenti e vocabolario*.

Non in ultimo è da affrontare il beneficio che da tale modello si riuscirebbe a conseguire: *«le organizzazioni attraggono, acquisiscono e conservano il supporto delle parti interessate rilevanti dalle quali dipende il loro successo»*³⁸.

Migrando tali concetti nel mondo del diritto amministrativo, si può riscontrare come tale nozione, sotto il profilo dell'individuazione della platea, aggiunge alla nozione di soggetto interessato *ex art. 9 della L.241/90* anche ogni soggetto che anche solo avverte un'influenza (concetto più esteso del semplice pregiudizio possibile); inoltre la definizione è chiaramente proiettata a ritenere il soggetto interessato capace, non solo di partecipare al procedimento, ma finanche di incidere sulla sostenibilità dell'organizzazione: un'amministrazione dotata di un sistema di gestione della qualità, deve, nell'espletamento dei propri procedimenti, proattivamente farsi carico di rispondere ad esigenze ed aspettative di tali soggetti. Seguendo l'indicazione dello *standard ISO 9000* e proiettandola nell'ambito di griglie di valutazione delle offerte, si desume che, per una gestione in qualità, è opportuno spingere la valutazione delle offerte, oltre il semplice perimetro della L. 241/90, rivolgendosi anche a quei soggetti che, sebbene non influenzati dalla procedura di scelta del contraente, comunque ritengono che questa possa arrecare loro pregiudizio. I sistemi di valutazione possono in tal senso essere un modo per incanalare questo rischio/opportunità e ricercare proattivamente elementi di congiunzione tra stazione appaltante e tale portatore (forse meglio dire percipiente) di interessi.

II.2. Individuazione e coinvolgimento degli *stakeholder*

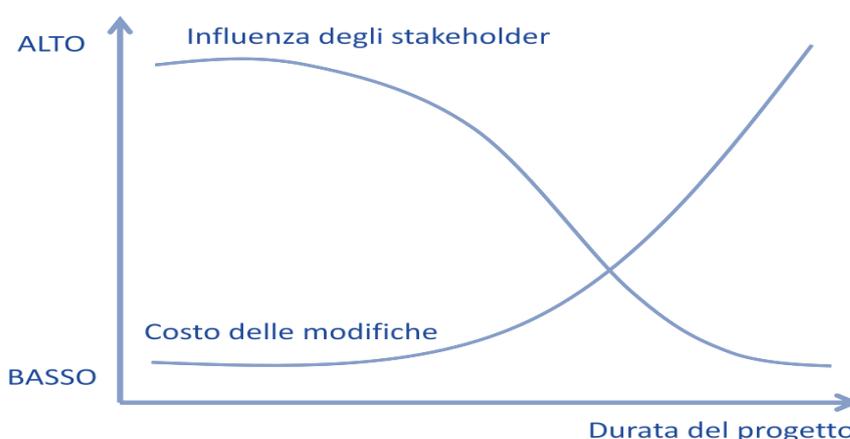
Come detto, l'art. 9 della L. 241/90 ha una propria identificazione degli *stakeholder* del procedimento, ridotta rispetto alla classificazione promossa ISO 9000, e fissa per loro il diritto ad intervenire: *«qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento»*.

Il tema sembrerebbe estraneo al mondo della valutazione delle offerte in ambito appalti eppure, a più riprese, il Legislatore europeo afferma la necessità di favorire la partecipazione agli appalti: le procedure di scelta del contraente assumono il ruolo di prodotto o *deliverable*, realizzato dalla stazione appaltante al fine di collegare le

³⁸ Ivi.

proprie esigenze di acquisto (obiettivo dell'organizzazione) alle esigenze di partecipazione degli operatori economici (che, sotto questo profilo, paradossalmente assumono, per la ISO 9000, il ruolo di parte interessata rilevante).

Allontanandosi dai temi squisitamente di ordine giuridico ed approdando a temi di concreto materialismo economico, è indiscutibile il valore generato dal coinvolgimento delle parti interessate: il diagramma di MacLeamy³⁹, di seguito rappresentato in forma semplificata, al fine di illustrare i vantaggi attesi dall'utilizzo della metodologia *Building Information Management* (BIM), paventa la partecipazione di tutte le parti al fine di ottimizzare i risultati del progetto.



Il diagramma, mette in relazione l'andamento, nel corso del tempo, dei costi generati da una modifica al progetto e la capacità degli *stakeholder* di influenzare il progetto stesso (si badi bene che tuttavia permane inalterata nel tempo la capacità di questi di influenzare per la sostenibilità ed il successo dell'organizzazione). Da tale confronto si desume che, con il passare del tempo, la partecipazione degli *stakeholder* concorre ad aumentare in modo esponenziale le possibili ripercussioni economiche sul progetto: ciò in quanto l'eventuale modifica pretesa in una fase successiva comporta, allo scorrere del tempo, incremento di costi sempre più significativi.

La partecipazione dei soggetti interessati in una fase prodromica è dunque, non solo una tutela imposta dall'art. 9 della L. 241/90, ma anche un'esigenza sottesa a contenere «l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi»⁴⁰: anticipando la partecipazione è

³⁹ P. MACLEAMY, *The future of the building industry - the effort curve*, Presentation HOK Network, (https://www.youtube.com/watch?v=oHHY7CxI2_Y).

⁴⁰ Definizione di rischio contenuta nella UNI ISO 31000:2018, *Gestione del rischio - Linee guida*.

possibile proattivamente contenere il rischio e ridurre il danno potenziale: coinvolgere tutti i membri inizialmente ha un impatto rilevante sulle economie del procedimento (ricomprendendosi anche il buon andamento) tuttavia ha il vantaggio di assicurare chiarezza e partecipazione alle parti rilevanti al fine di disinnescare possibili successive reazioni scarsamente gestibili in fase successiva.

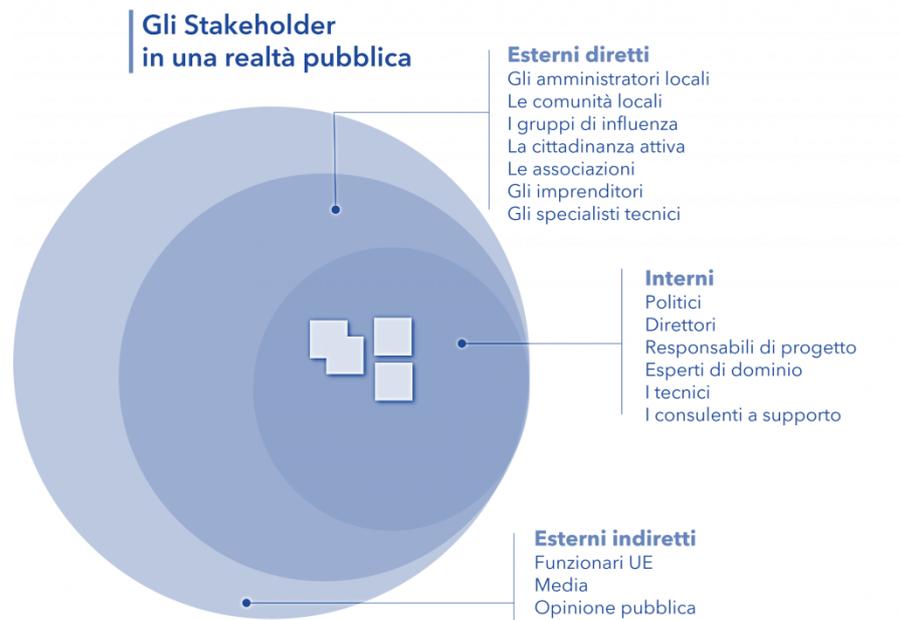
Tale anticipazione, prospettata da MacLeamy allo stadio della fase progettazione a mezzo dell'introduzione della metodologia BIM, è percorribile anche in fase aggiudicazione, quando, ancora lontani dalla più critica modifica da intraprendere in fase esecuzione, con l'adozione di criteri premiali, è possibile raccogliere le istanze provenienti dalle parti interessate e consentirne la partecipazione al procedimento (la metodologia BIM, fondandosi su una sorta di patto tra i soggetti interessati al progetto, va oltre il solo momento progettuale ed auspica il coinvolgimento di ogni attore nelle fasi del procedimento).

Acclarati i vantaggi di tale partecipazione, è necessario ripercorrere rapidamente le fasi di mappatura degli *stakeholder*⁴¹ sintetizzabili in:

1. Prima fase di individuazione. Le linee guida citate suggeriscono di intraprendere la fase attraverso un *brainstorming* operato dagli *stakeholder* interni, i cui esiti forniranno una prima lista di soggetti da interpellare: a loro ci si rivolgerà poi per incrementare la lista di soggetti da coinvolgere. Per i soggetti pubblici una prima mappatura potrebbe interessare i soggetti di cui l'illustrazione⁴²:

⁴¹ Punto 5.1 delle *Linee guida sulla valutazione partecipativa nelle amministrazioni pubbliche*, novembre 2019, adottate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica Ufficio per la valutazione della *performance*.

⁴² L'illustrazione di una possibile mappa degli stakeholder di una commessa pubblica (in forma di diagramma di *Venn*) è presa da M. C. LAVAZZA, *Mappare gli stakeholder in pratica*, Appunti di human centered design, 2022 (<https://www.mclavazza.it/mappare-gli-stakeholder-in-pratica>).



Si andrebbero a sommare agli attori interni, per quanto attiene strettamente il procedimento di scelta del contraente, i clienti interni all'ente (ovvero le strutture che hanno manifestato l'esigenza di acquisto), nonché tutte le strutture che saranno poi coinvolte nella fase esecuzione (RUP, DL/DEC, CSE/RSPP, gli uffici contabili, magazzini, operatori/utilizzatori finali, etc.);

2. Seconda fase di analisi e valutazione. La “*matrice potere/influenza*” è lo strumento largamente utilizzato per la valutazione di quanto detto nel paragrafo II.1 in merito alle due modalità di classificazione degli *stakeholder* ovvero in funzione del proprio (reale, potenziale o percepito) interesse agli effetti del progetto/procedimento, in secondo luogo, capacità del soggetto di influenzare la sostenibilità dell'organizzazione. Da qui lo schema a matrice⁴³:

⁴³ *Supra* nota 41.

		POTERE/INFLUENZA	
		BASSA	ALTA
INTERESSE	BASSO	Stakeholder marginali Possono essere esclusi dalle strategie di coinvolgimento in quanto non centrali per l'amministrazione	Stakeholder che influenzano il contesto dell'amministrazione e le sue performance Andrebbero sensibilizzati al fine di aumentare il loro interesse verso l'amministrazione (ad esempio, legislatore, finanziatori, ecc.)
	ALTO	Stakeholder deboli Si tratta di utenti effettivi o potenziali del servizio, loro famiglie o la comunità di riferimento. L'amministrazione deve mirare ad aumentare la loro influenza attraverso un maggiore coinvolgimento	Stakeholder chiave Sono al centro delle strategie di coinvolgimento e di partecipazione, sia nelle fasi di assunzione delle decisioni sia in quelle successive di attuazione e valutazione

La matrice poi è integrabile con un'articolazione degli *stakeholder* in due ulteriori gruppi: gli “*stakeholder sostenitori*” (che contribuiscono a migliorare il risultato) e gli “*stakeholder oppositori*”, (ostativi al progetto);

3. Terza fase di coinvolgimento. È la fase che rappresenta la partecipazione del soggetto al procedimento e che consente di dare trazione allo studio eseguito. Allacciandosi ai precedenti punti, con tale fase è possibile interrogarsi su come migliorare l'apprezzamento degli *stakeholder*, finanche potendosi trasformare un possibile oppositore in un soggetto sostenitore. Una gestione efficace degli interessi, con un coinvolgimento ottimale delle parti interessate, in primo luogo, consente una mitigazione di inefficienze (rilavorazioni, insoddisfazione degli *stakeholder*, lievitazione dei costi/ tempi, avversione al progetto o all'organizzazione, etc.), in seconda istanza per converso, raccoglie quelle opportunità su cui si è parlato in introduzione: proprio a tale fase è rivolta l'attenzione del presente studio.

II.3. Le esigenze degli *stakeholder*: analisi dei rischi e delle opportunità

«Nel pianificare il sistema di gestione per la qualità, l'organizzazione deve considerare i fattori di cui al punto 4.1 (comprendere l'organizzazione e il suo contesto) e i requisiti di cui al punto 4.2 (comprendere le esigenze e le aspettative delle parti interessate) e determinare i rischi e le opportunità che è necessario affrontare: a) fornire assicurazione che il sistema di gestione per la qualità possa conseguire il risultato atteso; b) accrescere gli effetti desiderati; c) prevenire, o ridurre, gli effetti indesiderati; d) conseguire il miglioramento».⁴⁴

⁴⁴ Punto 6.1 della UNI EN ISO 9001:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Requisiti*.

Riconoscere i clienti diretti e indiretti è la prima azione di focalizzazione sul cliente⁴⁵, cui far seguire la comprensione delle esigenze e delle aspettative, attuali e future, dei clienti, così da cogliere i possibili collegamenti tra gli obiettivi dell'organizzazione e alle esigenze e aspettative dei clienti, ma anche parimenti ridurre le proprie debolezze ed allontanare le possibili minacce. La comprensione delle esigenze dei soggetti interessati è propedeutica a una corretta valutazione, che in seguito si vedrà affrontata con la metodologia “*SWOT*”, per identificare i punti di forza, di debolezza, opportunità e minacce di un progetto.

Il censimento delle esigenze è un processo che si fonda sul vestire i panni del soggetto interessato e, quasi empaticamente, porsi, per ogni soggetto individuato, una serie di questioni, quali ad esempio:

- Cosa lo motiva?
- Quali obiettivi condivide con l'organizzazione?
- Cosa attende di raccogliere dal procedimento?
- È informato pienamente?
- Quale percezione ha del procedimento?
- Quali informazioni richiede?
- Qual è il parere sul progetto?
- Qual è il modo migliore per comunicargli gli obiettivi?
- Chi o cosa potrebbe essere influenzare le sue opinioni?
- Come desidererebbe partecipare?
- Come è in grado di influenzare il procedimento?
- Quali conseguenze cagionerebbe il mancato coinvolgimento?

Nel procedimento di selezione delle offerte, il censimento delle esigenze degli *stakeholder*, ha come fine la raccolta di bisogni espressi e non espressi, in merito a:

- condizioni e clausole contrattuali maggiormente aderenti ai bisogni;
- margini di miglioramento progetto/capitolato tecnico;
- miglioramenti che possono essere realizzati in fase esecuzione;
- rinnovamento dei bisogni ovvero la raccolta dei vantaggi di innovazioni e novità;
- finalità ultime che si intende perseguire con l'acquisto;

⁴⁵ Punto 2.3.1.4 della UNI EN ISO 9000:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Fondamenti e vocabolario*.

- individuazione di aree tematiche, che se anche non obiettivo principale del procedimento, sono anch'esse portatrici di interessi incidentalmente conseguibili;
- interessi che la politica della Stazione Appaltante intende perseguire;
- interessi dell'utenza/cittadinanza cui la S.A. si riferisce;
- interessi di quelle parti, che seppur non influenzate dal procedimento, comunque ritengono che questa possa arrecare loro pregiudizio;
- interessi alti per finalità sociali.

Sebbene la deduzione delle esigenze possa avvenire, come sopra indicato, anche a mezzo di interviste o *focus group*, «a volte i requisiti consiste nella loro documentazione [...]. Requisiti ben documentati soddisfano i seguenti criteri:

- *Chiari. Vi è un solo modo per interpretare il requisito.*
- *Concisi. Il requisito è espresso nel minor numero possibile di parole.*
- *Verificabili. Esiste un modo per verificare che il requisito sia soddisfatto.*
- *Coerenti. Non vi sono requisiti contraddittori.*
- *Completi. La serie di requisiti rappresenta le esigenze attuali del prodotto o progetto nella loro interezza.*
- *Tracciabili. Ciascun requisito può essere riconosciuto mediante un identificativo univoco»⁴⁶.*

Tralasciando l'analisi puntuale di quanto sostenuto dal *PMBOK*, ci si vuole soffermare sugli aspetti di verificabilità e tracciabilità che costituiscono un punto focale per le successive analisi: la selezione del contraente non va concepita come un *unicum a sé stante*, ma come un primo ciclo in cui far confluire le esperienze passate e da cui raccogliere spunti per il futuro miglioramento.

Esemplificativamente, è possibile individuare taluni documenti che, per quanto riguarda i procedimenti di scelta del contraente, lasciano emergere esigenze giustappunto documentate:

- Quadro normativo. Con riferimento sia alle fonti proprie in ambito appalti, anche alle fonti che investono l'oggetto specifico di acquisto. In particolare, i principi enunciati che contengono espresse indicazioni sulle finalità che la norma intende perseguire: ancor più significativi sono i considerando alle direttive ripercorsi nel capitolo I. Talvolta concorrono a fornire ulteriori temi le analisi di impatto della

⁴⁶ Punto 2.6.2.1 della *PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana), Newtown Square, Project Management Institute, 2021.

regolazione a supporto dei provvedimenti normativi adottati nonché i c.d. libri bianchi.

- Criteri ambientali minimi. Ove esistenti, forniscono oltre che i criteri premianti per la valutazione, ripercorrono una serie di finalità di carattere ambientale e sociale.
- Atti di programmazione della S.A. ovvero degli Enti controllanti. Da tali atti è evincibile l'obiettivo alto cui l'organizzazione si indirizza nel lungo periodo. Tra di essi rivestono un particolare interesse gli atti adottati dall'Ente ai fini trasparenza ed anticorruzione.
- Atti di regolazione interna all'organizzazione. Contengono oltre che gli imperativi, le c.d. *'best practice'* cui la Stazione Appaltante tende.
- Atti di attribuzione dei finanziamenti. All'interno degli atti di attribuzione della spesa, sono reperibili il complesso delle finalità che hanno condotto a sostenere la spesa e le finalità ultime che l'acquisto intende soddisfare.
- Processi di coinvolgimento del mercato quali le indagini preliminari di mercato a maggior ragione per procedure di particolare complessità.
- Relazione unica sulla procedura di aggiudicazione degli appalti similari precedenti. La relazione contiene indicazioni su eventuali criticità del processo di assegnazione delle precedenti commesse e pertanto informazioni su esperienze precedenti che potranno incorrere in un miglioramento.
- Documento di fattibilità delle alternative progettuali. Il documento tecnico di progetto contiene l'indicazione da parte del progettista di quelle che sono delle alternative prese in considerazione ma non intraprese: tali alternative contengono possibili spunti per un miglioramento della soluzione progettuale posta a base d'asta.
- Le relazioni tecniche di progetto. Il progettista, nel ripercorrere gli *input* che hanno determinato la scelta progettuale, ha intrapreso una selezione degli interessi da soddisfare e pertanto sarà possibile rilevare a quali interessi si è rinunciato.
- I *report* della verifica preventiva della progettazione. Il documento contiene: i. "osservazioni" ovvero rilievi di carattere non prescrittivo, contenenti gli aspetti progettuale non sufficientemente approfonditi; ii. "non conformità" ovvero rilievi su incongruenze che possono inficiare la riuscita del progetto che, a seguito del contraddittorio, necessitano di un piano di gestione. Sia le osservazioni che il

contraddittorio sorto a seguito di non conformità evidenziano gli aspetti più critici del progetto e pertanto maggiormente passibili di miglioramento attuabile anche a mezzo degli strumenti di valutazione delle offerte.

- Collaudo / certificato di regolare esecuzione / certificato di verifica di conformità rilasciato per precedenti contratti simili. Dagli esiti del precedente procedimento è possibile raccogliere quanto ha cagionato criticità nelle precedenti esperienze nonché gli elementi maggiormente attenzionati dagli attori della fase esecuzione.

Con la fase di censimento delle esigenze saranno dunque raccolti tutti i dati necessari a popolare la matrice *SWOT*:

- *Strengths* / punti di forza. Fattori interni al contesto da valorizzare.
- *Weaknesses* / punti di debolezza. Limiti, anch'essi interni, da considerare.
- *Opportunities* / opportunità. Possibilità offerte dal contesto, dunque esterne, occasione di miglioramento.
- *Threats* / minacce. Rischi esterni capaci di far sorgere criticità.

L'analisi *SWOT*, nella sua radente sintesi, conduce l'osservatore a valutare le opportune azioni da intraprendere al fine di migliorare gli esiti del proprio procedimento: all'interno del sistema di valutazione delle offerte essa costituisce il fulcro di quell'esigenza di motivazione richiesta dal più volte citato art. 3 della L. 241/90 nonché il punto di partenza di quel miglioramento continuo della qualità in un'ottica a lungo raggio cui fa riferimento il ciclo di Deming.

Tale ultimo aspetto è il reale scopo delle analisi svolte: la capacità di far evolvere la gestione dei fabbisogni e di rinnovare e innovare il procedimento. In primo luogo ciò è fondamentale in contrapposizione alla tendenza delle organizzazioni (ma anche degli individui) ad attenersi a schemi consolidati anche quando sono rappresentate nuovi bisogni⁴⁷. Ma in seconda battuta, i fabbisogni e le esigenze, che, come si è detto, talvolta sono inespressi, talaltra addirittura impropriamente percepiti dalle parti interessate come influenti, dunque non sempre sono, sulla scorta dell'art. 9 della L. 241/90, raccolti dal procedimento; eppure, sono parimenti capaci di produrre effetti rilevanti sull'operato della P.A. Per tale ragione, utilizzando le metodologie PM si può far emergere quanto non considerato dalla L. 241/90, promuovendo un processo cosciente della S.A. in grado di coltivare fabbisogni espressi ma anche permettere ad

⁴⁷ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 75.

ogni *stakeholder* (ivi compresi i soggetti interni alla S.A.) esprimere le proprie esigenze, anche dando la possibilità agli stessi di sperimentare – e dunque di sbagliare⁴⁸ – quali ritengano maggiormente soddisfacenti. Infine si prenda in considerazione che gli appalti, volano dell'economica, indirizzano le scelte degli operatori di settore (nonché della cittadinanza) e pertanto sono in grado di offrire molteplici occasioni per perseguire quella spinta gentile che è capace di innescare comportamenti virtuosi degli attori coinvolti nel procedimento.

⁴⁸ Ivi p. 99 ove è affermato che: «*se non si fa tutto il possibile per sperimentare, non si arriva mai a conoscere le alternative alle opzioni conosciute*».

III. L'impervio esercizio della discrezionalità amministrativa: gli aspetti di diritto

III.1 Sul metodo

«La strategia dell'organizzazione dovrebbe servire per individuare, documentare e valutare le opportunità, le minacce, i punti deboli e i punti di forza che possono contribuire a dare informazione per le azioni future»⁴⁹: il primo passo, al fine di valutare le azioni da intraprendere per la redazione della griglia di valutazione, è individuare e documentare minacce ed opportunità. Nel corso del capitolo e di quello successivo si passeranno quindi in rassegna i presupposti di quelli che si ritiene possano essere i principali elementi di criticità che una S.A. è chiamata a valutare nella redazione e gestione di un sistema di valutazione delle offerte.

La sommaria e di certo non esaustiva elencazione dei temi oggetto di valutazione è stata suddivisa in due capitoli: questo primo ripercorre quelle che sono perlopiù valutazioni originate dal contesto normativo- giurisprudenziale e trasversali ad ogni procedura (si vuole precisare: trasversale è la questione, ma l'azione introdotta dalla S.A. è unica per ciascuna procedura); nel capitolo IV saranno invece presi in considerazione una serie di argomenti che nascono principalmente da stretto pragmatismo.

In apertura mediante l'illustrazione su come la S.A. esercita la propria discrezionalità ed in quali momenti della procedura si potrà giungere a quelli che sono i primi vincoli da operare nella redazione della griglia valutativa.

In un secondo momento si affronteranno un complesso di questioni legate alla redazione della tabella di valutazione che sorgono in conseguenza dei formalismi che accompagnano la nomina della commissione; per poi toccare una serie di grossomodo sono costruzioni giurisprudenziali (alcune confluite poi in diritto) anch'esse incidenti nell'adozione del sistema di valutazione.

Si concluderà il capitolo con una prima serie di valutazioni su come l'individuazione di elementi non discrezionali, volti a calmierare profili di eccesso di potere della S.A., per un verso, non esclude tale rischio e, per l'altro, svisciva il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁴⁹ Punto 4.1.1 della UNI EN ISO 21502:2021, *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio – Guida alla gestione dei progetti*.

Dalla individuazione ed analisi di tali aree critiche (che deve accompagnare l'istruttoria di ogni procedura giacché le valutazioni sui rischi effettuate in stretta aderenza con il singolo caso), unite a quelle di cui si parlerà nel seguente capitolo IV, nascono i presupposti per una corretta valutazione delle scelte da operare per governare al meglio quegli interrogativi, di non sempre pacifica risoluzione (anzi è spesso vero il contrario), che sorgeranno dalle analisi *SWOT* condotte per la redazione della griglia di valutazione.

Un'ultima considerazione è da fare su due termini focali utilizzati: per “*elemento di valutazione*” si intenderà il perimetro oggetto di valutazione mentre il metro di giudizio che sarà assunto per valutare sarà denominato “*criterio di aggiudicazione*”.

III.2 La scelta dei criteri di aggiudicazione quale esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante

Nell'affrontare il tema dell'esercizio del potere discrezionale nell'individuazione dei criteri di valutazione sotto un aspetto giuridico, può essere d'aiuto prendere a prestito alcuni concetti della statistica descrittiva⁵⁰, al fine di far emergere alcuni temi legati alla gradualità dell'espressione di tale potere, nonché rendere di più immediata comprensione una serie di criticità in cui è possibile incappare laddove non sia compiutamente individuato il quadro di riferimento. In statistica descrittiva sono adottate le seguenti classificazioni: il carattere (fenomeno osservato il cui diverso modo di manifestarsi è oggetto di indagine), si distingue in “*quantitativo*” ovvero “*variabile statistica*”, se è possibile esprimerlo con un numero o valore, oppure “*qualitativo*” ovvero “*mutabile statistica*”, se espresso con parole, aggettivi, avverbi o locuzioni. A loro volta, i caratteri qualitativi, sono distinti in: “*rettilinei*”, quando hanno una scala naturale di successione che presenta un inizio ed una fine (es.: i colori delle cinture di *karate*); “*ciclici*”, quando hanno una scala naturale di successione, ma non è possibile stabilire un inizio ed una fine (es.: lo spettro dei colori); “*sconnesse*”, quando le modalità non hanno una scala naturale di successione (es.: il colore della pelle). Gli esempi riportati sono stati volutamente presi per provocare il lettore: in ciascuno di essi ci si riferisce a colori, ma, in un mutato perimetro di riferimento, questi, talvolta, si manifestano come una mutabile apprezzabile secondo una scala di misurazione insita nella natura del carattere e non discrezionale (i colori della cintura

⁵⁰ M. SULLIVAN III, *Fondamenti di statistica*, Pearson, Milano, 2015, pp. 6-9.

di *karate*) e, in talaltra occasione, sono una mutabile che, in assenza di una scala convenzionale, conducono a scelte arbitrarie (colore della pelle).

Quanto rappresentato nel precedente capitolo III è fondamentale per delineare, non solo cosa si intende valutare, ma anche la scala di misurazione che si intende adottare. Il punto è cruciale giacché dal procedimento di individuazione delle scale di valutazione⁵¹, non solo saranno influenzati gli operatori economici chiamati a formulare offerta sulla base di tali presupposti, ma, come dimostrato da Thomas Schelling⁵², anche i commissari di gara ed i loro giudizi che potrebbero incorrere in scelte divergenti (talvolta diametralmente opposte) a seconda dell'unità di misura presa come metro di valutazione. Il tema della scala di valutazione infatti è rinvenibile sia nelle norme comunitarie (art. 67 comma 5 della direttiva 2014/24/UE) che nelle disposizioni interne (art. 95 del D.lgs. 50/16 ad oggi sostituito dall'art. 108 comma 7 del D.lgs. 36/2023, che dispone che «*i documenti di gara oppure, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forcilla in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato*»). Una volta acquisiti gli elementi (fabbisogni o interessi) che si vuole valorizzare - secondo quanto già detto nel precedente capitolo II - sono da indagare, dunque, sia l'*elemento di valutazione* sia il *criterio di aggiudicazione*. Nella fissazione di questi due macroscopici filone la S.A. eserciterà il proprio potere discrezionale, in modo graduale, sulla scorta delle proprie analisi rischio / opportunità.

Una considerazione preliminare, se non addirittura lapalissiana, è che nessuna metodologia è in grado di mutare un apprezzamento discrezionale, fondato su mutabili statistiche, in una scelta non-discrezionale che presuppone delle variabili statistiche: i metodi, talvolta macchinosi, che possono essere rintracciati all'interno della

⁵¹ Sinteticamente si riporta, per completezza, che la classificazione delle scale che la statistica descrittiva distingue tra: i) dicotomiche, che hanno solo due modalità, assenza o presenza, (tra le quali ritroviamo i cosiddetti criteri on/off); ii) nominali, che sono costituite da più di due modalità ma che non hanno un criterio di ordinamento logico (non esiste un maggiore o un minore: il loro apprezzamento, se non convenzionalmente stabilito, risulta arbitrario); iii) ordinali, che presentano tre o più modalità con un ordine predefinito (come la classe energetica di un edificio: seppur attenendo ad una qualità, è possibile discriminare tra un migliore ed un peggiore).

⁵² R. P. LARRICK e J. B. SOLL, *The MPG illusion*, Science, 2008, pp. 1593-1594. Lo studio è preso come esempio da D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, pp. 501-502 per dimostrare quanto il processo di valutazione, fuorviato da un'unità di misura non selezionata opportunamente, risulti influenzato e conduca a conseguenze infelici.

normativa⁵³ non rendono neutrale la sostanziale discrezionalità della scelta. Tuttavia è, parafrasando quanto sostenuto dal presidente Cartabia⁵⁴, ragionevole utilizzare determinate regole, scientemente selezionate in ragione della specificità della procedura, per rendere, il giudizio né oggettivo né tantomeno razionale ma quantomeno sostenibile sotto un profilo motivazionale. L'utilizzo del criterio dell'economicamente più vantaggiosa è, sin dall'individuazione degli elementi, esercizio di un esteso potere discrezionale assoggettato al più volte richiamato obbligo di motivazione. Sul punto è bene sin d'ora precisare che, proprio per la sostanziale impossibilità di tradurre in oggettivo ciò che è discrezionale, non si procederà ad esaminare i metodi di valutazione di cui l'allegato g) del d.P.R. 207/2010, dovendosi constatare una pressappoco indifferenza tra gli stessi⁵⁵; si sostiene ciò anche rinfrancati dall'osservazione dei bandi, la cui pressappoco totalità prevede l'utilizzo dei metodi "aggregativo compensatore" e del "confronto a coppie" e ciò in ragione della semplicità di tali metodi a fronte di scarsi vantaggi raggiungibili con metodi che richiedono competenze specifiche ed un maggiore dispendio di risorse.

È prezioso interrogarsi, dunque, su quali siano quindi i confini della discrezionalità intesa da Giannini come «*il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da*

⁵³ In ambito D.lgs. 50/16 ci si riferisce in particolare alla Delibera AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE 02 maggio 2018, n. 424, *Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016. Aggiornate al D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018*, che secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato, con il parere n. 01273 del 06/07/16, «*emanate ai sensi dell'art. 213, comma 2, e, cioè, nell'ambito di una competenza generale dell'ANAC e vanno qualificate, con tutte le implicazioni precisate nella parte introduttiva del presente parere, come linee guida non vincolanti*». In precedenza, in ambito D.lgs. 163/06, i metodi di valutazione, poi confluiti nelle richiamate linee guida, erano contenuti nell'allegato 'G' del d.P.R. n. 207 del 2010: come poi si avrà modo di meglio chiarire, la S.A. nell'ambito della scelta del criterio di valutazione, gode della più ampia discrezionalità, come poi confermato dallo stesso parere allorquando il Consiglio di Stato afferma «*appare senz'altro apprezzabile l'impostazione di offrire alle amministrazioni un ventaglio di metodologie valutative e un menu di strumenti di analisi delle offerte, con l'espressa responsabilizzazione delle stazioni appaltanti nella selezione di quelli più appropriati e coerenti con le specifiche esigenze della procedura amministrata*». Il testo del recente D.lgs. 36/2023 ed i suoi allegati non riportano metodi di attribuzione del punteggio che sembrerebbero lasciati totalmente alla discrezionalità della stazione appaltante.

⁵⁴ *Supra* nota 22.

⁵⁵ Si vuole precisare che in realtà i metodi utilizzati comportano una serie di doverose considerazioni che saranno solo marginalmente toccate nei successivi capitoli III e IV. Tuttavia ai fini degli scopi del presente studio, rileva rappresentare l'esigenza di supportare la scelta del metodo di valutazione da una fase di valutazione delle possibili alternative.

*attuare»*⁵⁶: con tale definizione, il concetto di discrezionalità è permeato da una dimensione di scelta tra un ventaglio di variegate possibili soluzioni tutte potenzialmente percorribili, tra cui tuttavia è doveroso individuare la scelta più congrua a soddisfare gli obiettivi fissati (la cui ispezione e analisi è stata curata nel precedente capitolo II): lo stesso Giannini, in altra sede, infatti sostiene l'azione amministrativa è «*la rilevanza giuridica non del solo atto, ma dell'intera attività sotto il profilo dell'attitudine dei mezzi scelti al fine giuridico da conseguire»*⁵⁷.

Tutto questo, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partendo da un approccio giuridico anziché statistico, è stato rilevato, sin dai primi commenti al codice De Lise (che, in discontinuità con la precedente stagione normativa, ha introdotto il ricorso al criterio dell'economicamente più vantaggiosa), allorquando in merito alla discrezionalità della stazione appaltante è stato rilevato come «*la discrezionalità della pubblica amministrazione si manifesta in diversi momenti rilevanti e, segnatamente, i) nell'individuazione degli interessi da perseguire e del quomodo; ii) nella scelta del criterio di aggiudicazione; iii) nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte in funzione degli interessi perseguiti; iv) nella valutazione delle offerte pervenute da parte della commissione giudicatrice sulla base dei criteri individuati nel bando di gara ad opera della stazione appaltante»*⁵⁸.

La sottile linea che separa una doverosa scelta discrezionale, nell'esercizio delle proprie funzioni, dall'arbitrario esercizio di un eccesso di potere spingerebbe a guardare con favore a strumenti meccanizzati di valutazione delle offerte, la cui predeterminazione consente di epurare il processo valutativo da elementi (inconsapevolmente o meno) distorcenti del confronto concorrenziale. Queste considerazioni sono state riportate per poter meglio esprimere le finalità della presente ricerca: dapprima, nel precedente capitolo II, si è illustrato un metodo per censire e valutare gli scopi del procedimento amministrativo, ma, dipoi, si vuole indicare un sistema per sondare tutte le possibili soluzioni percorribili, tra cui, con un approccio comparativo tra rischi ed opportunità, individuare è quella più idonea a conseguire il

⁵⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 52.

⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 84.

⁵⁸ D. SENZANI, *Discrezionalità della Pubblica Amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, Rivista trimestrale degli appalti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2013, p. 904.

risultato, si badi bene nel complesso⁵⁹, migliore. In tale dimensione, la discrezionalità nell'individuazione dei criteri di aggiudicazione – che potrebbe avere quale conseguenza una compressione dei margini di discrezionalità nel successivo procedimento di valutazione - non rappresenta un potere esercitabile meramente a giudizio della stazione appaltante ma un obbligo: trovare tra le mille strade quella complessivamente migliore per cogliere tutte le opportunità⁶⁰. Nel paragrafo III.2 sarà rappresentato come la scelta di criteri di aggiudicazione quali i quantitativi numerici, i qualitativi dicotomici ed i qualitativi su scala nominale, seppur astrattamente ovviamente legittima, a fronte di un vantaggio i termini di riduzione del rischio di eccesso di potere della commissione giudicatrice in sede di valutazione delle offerte, potrebbe rilevarsi scarsamente efficace nel perseguimento degli interessi degli *stakeholder* (talvolta finanche lesivo), oltre che non escludere un eccesso di potere della S.A. in fase di fissazione dei criteri di aggiudicazione.

D'altronde è rinvenibile in giurisprudenza un pressoché unanime orientamento che riconosce alla stazione appaltante ampio margine di discrezionalità: *«la scelta operata dall'Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi, specificamente indicati nella lex specialis, e ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta»*⁶¹.

⁵⁹ Sempre M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 73, offre un tema di riflessione rappresentativo dell'esigenza di considerare tutti gli interessi che confluiscono nel procedimento; la funzione amministrativa deve ricercare nell'ordinamento giuridico non solo il complesso degli interessi da tutelare ma anche gli strumenti che ne consentano una ponderazione: *«i criteri [...] alla stregua dei quali avviene la comparazione [ndr. di interessi primario e secondari] hanno pienamente il carattere della giuridicità. A proposito è stato acutamente osservato che non solo l'individuazione degli interessi da comparare avviene alla stregua dell'ordinamento giuridico, ma altresì i principi che sovrintendono a tale valutazione sono desunti dall'ordinamento stesso»*.

⁶⁰ Si rinvia a quanto detto in introduzione in merito al doveroso processo di valutazione delle scelte di mitigazione del rischio a fronte della perdita di potenziali occasioni di opportunità.

⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 14/11/2017, n. 5245, ma del pari tenore, *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 18/06/2015, n. 3105; Cons. Stato, sez. III, 02/05/2016, Cons. Stato, n. 1661; sez. V, 08/04/2014 n. 1668.

Tale ricostruzione è oltremodo in linea con il dettato comunitario che, al considerando 90 della direttiva 2014/24/UE, fissa quale motivazione alle successive disposizioni: *«è inoltre opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto»*. Emergono, tuttavia, nel successivo considerando 92, taluni ulteriori indicazioni, su limiti alla discrezionalità della stazione appaltante quali: i) la necessità di individuare elementi attinenti all'oggetto dell'affidamento *«nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto che applicheranno a tal fine»*; ii) l'obbligo di individuare strumenti per una piena valutazione da parte della S.A. delle offerte presentate *«i criteri di aggiudicazione prescelti non dovrebbero conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta e dovrebbero garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e leale ed essere accompagnati da disposizioni che consentano l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti»*. Le due riportate motivazioni confluiscono nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 67 della direttiva 2014/24/UE: tali limiti all'esercizio della discrezionalità sono enunciati in riferimento agli elementi di valutazione (connessione con l'oggetto dell'appalto) ed ai criteri di aggiudicazione (individuazione di strumenti efficaci di verifica di quanto dichiarato dall'offerente). Entrambi tuttavia altro non sono che un corollario al principio di parità di trattamento in tre diverse sfaccettature di stretta operatività:

- dovendosi fissare una connessione con l'ambito oggettivo, innanzitutto si riduce il rischio di introdurre elementi di valutazione che, scervi da valutazioni su condizioni contrattuali rappresentative del mercato di riferimento, rischierebbero impropriamente di avvantaggiare, arbitrariamente senza un motivo, taluni soggetti a discapito di altri;
- la scala di valutazione va fissata tenendo *ex* comma 4 dell'art. 67 che: *«l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte»*. È dunque onere della S.A. stabilire compiutamente gli strumenti adottati al fine di misurare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione, posto che, a seconda della scala adottata, come si è avuto modo di rappresentare con il precedente esempio dei colori, si potrebbe svilire l'effettiva connessione tra elemento di valutazione ed

oggetto dell'affidamento oppure non di migrare adeguatamente gli obiettivi che la S.A. desidera perseguire con la procedura;

- è necessario stabilire come la S.A. procederà ad appurare l'effettiva presenza di elementi migliorativi nell'offerta. Tale condizione è determinante in chiave di trasparenza e parità di trattamento, garantendo la tangibile verifica (anche da parte dei controinteressati) dell'attendibilità di quanto offerto ed indirizzandosi ad escludere proposte sibilline ed impegni evanescenti.

Tali aspetti, di stretto pragmatismo, costituiscono una sorta di ponte tra il momento della raccolta delle esigenze e lo sviluppo della struttura del sistema di valutazione delle offerte (oggetto di approfondimento nel successivo capitolo IV).

Merita un cenno il considerando 97 alla direttiva 2014//24/UE che stabilisce un ulteriore limite: *«le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale»* dovendosi però specificare che può essere oggetto di valutazione la politica aziendale, se al contempo costituisce elemento caratterizzante il processo specifico di produzione di cui l'affidamento. Il tema è tutt'altro che marginale, potendosi ricondurre a tale alveo una larga parte di quegli interessi sostenuti da *stakeholder* diversi dai clienti. Inoltre la possibilità di incidere su temi ambientali e sociali costituisce uno degli obiettivi espressamente perseguito dal legislatore comunitario (si rinvia al censimento di tali obiettivi riportato nel precedente capitolo 1), una lettura restrittiva della disposizione comporterebbe una deviazione da quelle che sono le finalità attese dal legislatore europeo e manifestate sin dai primo considerando alla direttiva 2014/24/UE.

Sempre in tema di limiti alla discrezionalità della S.A. nella fissazione degli elementi di valutazione, occorre riferirsi a quanto rinvenibile in riferimento alla commistione tra elementi soggettivi e offerta tecnica: sulla base della giurisprudenza comunitaria⁶², in ambito direttive 2004/18/CE, si sosteneva una rigida separazione tra valutazione dei contenuti nell'offerta tecnica, dagli elementi di natura soggettiva vantati dal proponente. Tale impostazione è confluita in un divieto di prevedere come criteri di aggiudicazione delle offerte le caratteristiche soggettive attinenti alla capacità dell'operatore economico (*in primis* certificazioni in ambito qualità ed esperienze pregresse). In ambito D.lgs. 163/06, tuttavia, il giudice interno ha inteso tale limite,

⁶² Corte di Giustizia UE, 24 gennaio 2008, causa C-532/06.

non come categorico, ma superabili laddove talune caratteristiche soggettive dell'offerente potessero influenzare la resa del contratto: in tali casi era considerata ammissibile la valutazione⁶³. Tale orientamento è stato confermato anche in ambito D.lgs. 50/16: «*il dogma di una assoluta, invalicabile, incomunicabilità tra requisiti soggettivi di pre-qualificazione ed elementi oggettivi di valutazione può dirsi dunque tramontato, nel nuovo diritto dei contratti pubblici [...] se e solo nella misura in cui la valutazione dei profili di carattere soggettivo, senza favorire indebitamente operatori economici che li posseggano a scapito di altri, serve a lumeggiare la miglior qualità tecnica, sul piano oggettivo, dell'offerta*»⁶⁴.

Un discorso particolare va affrontato per un ulteriore imperativo che è introdotto solo dal legislatore interno: il divieto di valutare positivamente l'offerta di opere aggiuntive⁶⁵: tale divieto, non rinvenibile nelle direttive comunitarie, paventerebbe quindi la presenza di un caso di c.d. *gold plating*. Secondo quanto sostenuto da ANAC, la finalità del divieto è da far risalire alla necessità di garantire un confronto realmente basato sulla qualità: la proposta di un aumento delle quantità può essere assimilabile ad un maggior ribasso⁶⁶. Sotto un profilo più concreto, il Giudice Amministrativo, a sostegno dell'introduzione di tale limite, ritiene che lo scopo della norma sia quello di garantire un confronto su quello che è l'interesse che la S.A. intende soddisfare senza spostare l'accento su elementi aggiuntivi non originariamente previsti a base del confronto competitivo⁶⁷. Inoltre, proprio in adesione a quanto rilevato dal Giudice

⁶³ Cons. Stato, sez. V, 03/10/2012, n. 5197.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. III, 12/07/2018, n. 4283.

⁶⁵ L'art. 95 comma 14-bis del D.lgs. 50/2016, introdotto con il c.d. primo correttivo appalti (D.L. 56/2017) dispone che: «*in caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 [ndr. offerta economicamente più vantaggiosa], 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 disposizione trova una precisazione nella formulazione dell'art. 108 comma 11 D.lgs. 36/2023 che limita espressamente il divieto ai soli appalti di lavori: «*in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo, 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*».

⁶⁶ ANAC, con la Delibera n. 807 del 18/09/2019, nel richiamare le precedenti delibere n. 1043, 1044 del 14/11/2018 e 1075 del 21/11/2018) sostiene che: «*tale norma [ndr. comma 14-bis dell'art. 95 del D.lgs. 50/16] è finalizzata ad evitare distorsioni e ad impedire che, dietro un formale ossequio al disposto normativo, i principi comunitari vengano in realtà disattesi, "riducendo" il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa al criterio del prezzo più basso, "dissimulando" mediante l'artificio dell'offerta di elementi aggiuntivi della prestazione*».

⁶⁷ Il TAR Veneto, Sez. I, 26/08/2019, n. 938 in materia afferma che: «*la ratio di fondo che ha ispirato la previsione legislativa è piuttosto evidente: si è inteso evitare che, a fronte di procedure indette sulla base del progetto esecutivo, l'aggiudicazione possa essere disposta – come per il passato è spesso avvenuto – premiando elementi di carattere avulso rispetto al proprium della procedura; pertanto, le uniche opere aggiuntive non valutabili ai fini nell'attribuzione del punteggio sono quelle che*

Interno, l'eventuale ammissibilità di opere aggiuntive comporterebbe in fase di valutazione seri dubbi sulla parità di trattamento: il rischio è di valutare tante proposte, tutte connotate da oggetti leggermente diversi e per giunta farlo magari con un metro di giudizio non più attuale e consono a causa del mutato il quadro di riferimento. Eppure è talvolta impervio poter distinguere una miglioria da un'opera aggiuntiva, dato che, non di rado, al fine di conseguire miglioramenti dell'oggetto principale, possono essere indispensabili delle opere ulteriori (ad esempio, la proposta per il miglioramento della tenuta termica di un edificio realizzata attraverso ulteriori opere di isolamento non previste dal progetto esecutivo). Il concetto di opera aggiuntiva risulta dunque fondamentale per discriminare ciò che può essere valutabile e ciò che non lo è. Nel corso dello studio, soprattutto quando si tradurranno i concetti qui illustrati in un griglia di valutazione, per coerenza e semplicità, si prendere a riferimento la definizione (che si presta a non pochi sindacati): «*opere aggiuntive non si sostanziano in lavorazioni che migliorano, precisano o integrano il progetto esistente, ma in un'opera a sé stante che si aggiunge ad esso e che lo estende in termini quantitativi*»⁶⁸. A prescindere tuttavia dalla definizione, in fase di valutazione dell'offerta, le ripercussioni del rappresentato quadro impongono un doveroso apprezzamento dei possibili orizzonti al fine di escludere criticità legate a valutazioni vantaggiose nei confronti di offerte in realtà non apprezzabili (si badi bene che il divieto di valutazione si traduce in un'esclusione dell'offerta).

Infine un ulteriore limite alla discrezionalità della S.A. nella fissazione dei criteri di aggiudicazione è imposto dal poter al massimo attribuire il 30% dei punti all'elemento prezzo⁶⁹. Ome ha avuto modo di sostenere l'AGCM⁷⁰, che *in primis* osserva un'assenza di fonte di rango comunitario e pertanto parrebbe anch'esso un

rappresentano un elemento estraneo all'ordinario sviluppo dell'opera per come essa è definita dall'amministrazione nella lex specialis di gara».

⁶⁸A. CUSMAI, *La distinzione fra varianti progettuali e proposte migliorative*, 2021, Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021, p.1357.

⁶⁹ Il comma 10.bis ultimo periodo dell'art. 95 del D.lgs. 50/16, stabilisce che: «[...] la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento»; la novella è poi confluita nel comma 4, penultimo ed ultimo periodo, dell'art. 108 del D.lgs. 36/2023, che adotta diversi regimi: i) massimo il 10 % del punteggio attribuibile al prezzo per servizi e forniture informatiche per la tutela di interessi nazionali strategici ii) massimo il 30 % del punteggio attribuibile al prezzo per contratti ad alta intensità di manodopera: «[...] 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».

⁷⁰ AGCM, atto di segnalazione n. AS1422, normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti, del 18/08/2017.

ulteriore caso di *gold plating*, ma nel merito afferma che: *«prevede un tetto massimo per il punteggio economico, entro la soglia del 30%, limiti eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un'ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche»* aggiungendo, poi nel seguito, un'ulteriore motivazione che alla luce della recente modifica normativa si affievolisce⁷¹, ovvero che, in mercati con proposte uniformi o standardizzate, i cui gli operatori economici concorrono su logiche di prezzo, l'assenza di un confronto concorrenziale sull'elemento economico porterebbe la S.A. a rinunciare a vantaggi in termini di costi nonché poi a valutare elementi arbitrari. Le criticità che potrebbero scaturire dal tema, tuttavia, sebbene necessitino di apprezzamento, sono in fase di redazione della griglia di valutazione, come poi si vedrà, di facile soluzione a mezzo adozione di calibrate formule di attribuzione del punteggio economico ovvero mediante la definizione di criteri tecnici adeguati.

III.3 Formalismi per la costituzione della commissione e vincoli di derivazione giurisprudenziale

Nel paragrafo III.2 sono stati sommariamente indicati⁷² i momenti in cui la S.A., nella definizione e svolgimento di una procedura all'economicamente più vantaggiosa, esercita il proprio potere discrezionale: come si è avuto modo di illustrare, tale criterio è un crogiolo di scelte, ognuna delle quali pervasa di discrezionalità. In estrema sintesi, le tappe di tale procedimento, cronologicamente ordinate, sono: i) individuazione degli interessi; ii) individuazione delle modalità di gestione di questi; iii) individuazione degli elementi di valutazione; iv) scelta del criterio di aggiudicazione; v) valutazione delle offerte da parte della commissione.

Per la più volte ribadita genesi di ogni questione in ambito sistemi di valutazione delle offerte, ovvero, condurre a razionale il processo decisionale che tutt'al più può

⁷¹ Ivi. L'AGCM, commentando la precedente formulazione del D.lgs. 50/2016, che ricomprendeva anche le forniture, affermava che *«sembra limitare eccessivamente e ingiustificatamente la valorizzazione dell'offerta economica, in particolare in quei mercati dove le forniture possono presentare un elevato grado di omogeneità, con - ferendo allo stesso tempo un'ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori»*. C'è tuttavia da osservare che la motivazione è alquanto precaria o comunque limitata, dato che il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa non era obbligatorio per le forniture standardizzate ex art. 95 comma 4 lett. b) del D.lgs. 50/16. Dappoi, con le modifiche introdotte dal D.lgs. 36/2023, riportate nella precedente nota, si riduce la portata del limite e pertanto le osservazioni del Garante potrebbero rimanere valide per quei contratti di servizi, a non alta intensità di manodopera, con caratteristiche uniformi sul mercato.

⁷² *Supra* nota 52.

essere al massimo ragionevole, rappresenta un'ineludibile debolezza del sistema. La massima manifestazione delle discendenti criticità è ritenuta risiedere nella fase di valutazione delle offerte da parte della commissione tecnica (nel seguito si vedrà l'attenzione riservata a tale passaggio): tale momento è visto come foriero di eccesso di potere e pertanto capace di demolire il processo di scelta del contraente.

Una prima considerazione di ampio respiro che si vuole fare è in merito alla focalizzazione che commentatori e esperti del settore hanno in merito alla questione, che sembrerebbe rientrare in uno di quei casi in cui «*gli individui di lasciano trascinare dall'onda e sono più fortemente influenzati dalla facilità con cui recuperano i ricordi che dal contenuto di quanto recuperano*»⁷³. La valutazione delle offerte costituisce solo uno dei momenti in cui la S.A., nel soppesare rischi e opportunità, esercita i propri poteri decisionali, tuttavia alcune condizioni, esercitando un certo fascino sugli osservatori, la rendono il momento più dibattuto del processo di valutazione delle offerte:

- È una fase pubblica, a differenza della fase istruttoria che ha visto la formulazione di elementi di valutazione e criteri di aggiudicazione. Le decisioni adottate sono visibili da subito e non, come avviene per le precedenti scelte, rinvenibili soltanto *ex post* su richiesta degli interessati: i bandi anche se rendono noti elementi di valutazione e criteri di aggiudicazione non forniscono, se non parzialmente, elementi utili a soppesare il processo che ha condotto alla determinazione della scelta.
- È il momento in cui si condensano le scelte precedenti. Molte delle criticità che possono insorgere in questa fase in realtà non trovano fondamento della decisione assunta dalla commissione di gara, ma dagli stessi elementi e criteri assunti dalla stazione appaltante in fase istruttoria.
- Gli elementi di valutazione e criteri di aggiudicazione rappresentati nel bando non consentono una valutazione tangibili gli effetti che possano produrre. Le conseguenze delle scelte intraprese dalla S.A. in fase istruttoria, potrebbero manifestarsi solo a seguito della valutazione da parte della commissione allorquando si azionano strumenti e meccanismi nel concreto.
- È il momento in cui si manifestano effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi e pertanto soggetta al sindacato di questi.

⁷³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, p. 181.

- Per gran parte, gli osservatori, hanno modo di soppesare le procedure che si ritengono viziate⁷⁴: si prendono in considerazione i soli profili patologici dell'eccesso di potere distraendo lo sguardo dai profili di vantaggio della scelta operata dalla S.A.

A testimonianza di ciò, infatti, si sono osservati una serie di filoni tematici ognuno dei quali contraddistinto da una certa contrapposizione tra diversi orientamenti; tali temi di dibattito, molto spesso incentrati su momenti formali della fase di valutazione, per la maggior parte riguardano le regole di costituzione della commissione ed in particolare si riferiscono a profili soggettivi dei commissari. Sono rinvenibili nel quadro normativo, in giurisprudenza ed in dottrina, un serie di temi di non semplice composizione:

- Il quadro delle disposizioni ed orientamenti giurisprudenziali in tema di incompatibilità, di inconfiribilità ed assenza di conflitti di interesse per il conferimento dell'incarico di commissario di gara per la valutazione delle offerte. Volendo sorvolare sugli innumerevoli profili di incompatibilità, si evocano indistintamente i molto spesso contraddittori orientamenti di norme e giurisprudenza, che, destabilizzando il quadro di riferimento ed introducendo contrastanti vincoli, aumentano quell'incertezza che la UNI/EN/ISO 45001 eleva ad origine del rischio.
- I requisiti di professionalità dei commissari di gara in ragione dello specifico oggetto di gara. L'adeguata competenza da parte dei commissari costituisce una disposizione ravvisabile sin dal codice *De Lise* e riportata nel recente D.lgs. 36/2023 dall'art. 93 che al comma 3 fissa che *«la commissione è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali»*. Si ritiene che i requisiti di professionalità siano da far risalire ad un *«principio che impone che i membri delle commissioni delle gare pubbliche siano provvisti di specifica e documentata esperienza di settore, rapportata alla peculiarità della gara da svolgere è principio non solo immanente nel sistema, ma di stretta derivazione costituzionale, dal momento che un adeguato livello di professionalità dei*

⁷⁴ Ivi p. 114-119. «Spesso noi non ci curiamo del fatto che manchino prove potenzialmente essenziali al nostro giudizio: quello che vediamo è l'unica cosa che c'è. Inoltre, il nostro sistema associativo tende a stabilire un modello coerente di attivazione e a reprimere il dubbio e l'ambiguità».

*componenti l'organo è l'unica garanzia di un effettivo rispetto dei valori di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione richiamati dall'articolo 97 della Costituzione (a tale proposito anche ANAC, parere n. 144 del 20 giugno 2014)»⁷⁵. Occorre precisare che elasticamente la professionalità è da ricercare nella commissione nel complesso e non è necessario che ogni membro risulti esperto in ogni campo o materia a cui si rivolge la *lex specialis* di gara⁷⁶. L'eterogeneo ventaglio di materie che il singolo affidamento può richiedere, nonché la varietà di oggetti contrattuali che una S.A. può porre a base del procedimento di scelta del contraente, uniti ai limiti del punto precedente, praticamente restringono, soprattutto per S.A. di modeste dimensioni, il perimetro dei soggetti cui affidare i compiti di valutazione sino a condurre a una sorta di nomina per esclusione. Infine ci sarebbe da interrogarsi⁷⁷ su: i) cosa effettivamente possa rilevare al fine della dimostrazione di una competenza specifica, se l'istruzione scolastica, la formazione specifica ovvero esperienze pregresse; ii) come tali competenze possano essere certificate; iii) su come si possa determinare i perimetri del campo di competenze richiesto.*

- Grossomodo nel solco di quanto detto ai punti precedenti, una delle più rilevanti novità introdotte dal codice del 2016 era il procedimento di nomina dei commissari di gara, prospettato dagli artt. 77 e 78 del D.lgs. 50/16, ma mai del tutto entrato in vigore, che si fondava sulla costituzione di un albo dei commissari di gara, detenuto presso ANAC che ne garantiva il funzionamento. La scelta di soggetti esterni alla S.A. e verificati dall'ANAC aveva lo scopo di garantire al

⁷⁵ A. RIZZATO, *Sulle competenze tecniche della commissione di gara*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 1, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2018, p. 71-72. Sul punto e nella stessa direzione l'intervento di C. SIRONI, *Sulla nomina dei membri della Commissione di gara e sulla incompatibilità degli stessi, nonché sulla pubblicazione degli atti di nomina*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 2, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2019, p. 62 che afferma che «la commissione sia composta da soggetti che per il titolo di studio conseguito e/o per le esperienze professionali precedentemente maturate, siano dotati di competenza tecnica adeguata alla peculiarità del settore interessato dall'appalto in considerazione».

⁷⁶ *Ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2016 n. 1556 e Cons. Stato, sez. IV, 15/09/2015, n. 4316.

⁷⁷ M. LUCCA, *L'esperto in Commissione di gara: l'esperienza è molto più importante della teoria*, Appalti & Contratti, n. 1-2, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021, p. 40, sinteticamente offre una chiave di lettura: «la valutazione operata sulla nomina dell'esperto deve tenere conto non solo, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione in relazione all'oggetto di gara, ma anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare: sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati; - sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere. In definitiva, il requisito di competenza tecnica del commissario non deve essere necessariamente provato da uno specifico titolo di studio, potendo risultare anche da altri elementi, quali incarichi svolti e attività espletate».

procedimento di valutazione un'imparzialità dei commissari. L'albo seppur istituito da ANAC nel 2019, non è mai entrato a regime data la sospensione sino al 30/06/2023 operata dall'art. 1, comma 1, lett. c) del D.L. 32/2019. Il codice del 2023 non riprende tali disposizioni che restano dunque incompiute. Il tema è comunque riportato al fine di vagliare il *favor* del Legislatore, sin dalla legge Merloni, per istituti che consentano una compressione della discrezionalità delle S.A. specie in ambito valutazione delle offerte.

- Le alterne vicende che hanno caratterizzato la discussione sulla possibile nomina del RUP quale membro della commissione⁷⁸. L'andamento ondivago di Legislatore e Giudice amministrativo, ha come origine una disposizione, in tema di incompatibilità dei commissari di gara: non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta⁷⁹.

Le riportate questioni, riferendosi, piuttosto che ai processi di valutazione, ai soggetti chiamati a valutare, sembrerebbero orientate ad assicurare, non tanto una parità di trattamento nella formulazione del giudizio, ma bensì una garanzia di imparzialità del valutatore. Prendendo a prestito il lavoro di Kahneman, quanto ripercorso ai punti precedenti appare un'operazione di sostituzione della domanda dove alla domanda "*bersaglio*" di imparzialità nei giudizi, il Legislatore, il Giudice amministrativo e l'ANAC sostituiscono la domanda "*euristica*" di imparzialità della commissione aggiudicatrice⁸⁰. Infine non si può tacere su quanto improficuo possa essere la ricerca di un'imparzialità dei soggetti chiamati a valutare, data la condizione

⁷⁸ A. MASSARI, *Commissioni ... che passione!*, Appalti & Contratti, n. 11, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017 p. 5, ha avuto modo di osservare che, al momento della prima attuazione del D.lgs. 50/16 «*la considerazione di una giurisprudenza ancora piuttosto incerta e oscillante dovrà condurre la stazione appaltante a valutare il rapporto tra i rischi di un contenzioso sulla composizione della commissione e i benefici della semplificazione della procedura, astenendosi dall'assegnare al RUP la funzione di membro della commissione giudicatrice, nominandolo piuttosto segretario verbalizzante*».

⁷⁹ La riportata disposizione è contenuta nell'art. 77 del D.lgs. 50/16 e replica il contenuto dell'art. 84 comma 4 del D.lgs. 163/06 che tuttavia escludeva espressamente il RUP dall'ambito di applicazione del divieto. Non si rinviene il limite nel D.lgs. 36/23 che all'art. 51 supera la vicenda precisando che «*caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente*» ed inoltre, nel seguito, al periodo successivo relativo all'incompatibilità tra membro della commissione e titolare di incarichi nell'ambito dell'affidamento il secondo periodo del comma 3 dell'art. 93, precisa che «*della commissione giudicatrice può far parte il RUP*».

⁸⁰ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, p. 131-136, sostiene che: «*se non si trova in fretta una risposta soddisfacente ad un quesito difficile, il sistema I [ndr. sistema intuitivo] reperisce un secondo quesito, connesso al primo ma più facile, e risponde a quello*».

che numerosi fattori, molti dei quali incontrollabili⁸¹ o inconsapevoli⁸², possono influenzare il giudizio di un commissario anche laddove questo sia un esperto ed obiettivo professionista.

Ai riportati temi focalizzati sulla nomina della commissione di valutazione, si sommano una serie di argomenti, che seppur talvolta sostenuti da orientamenti consolidati, possono trovare adeguate soluzioni solo a valle di un processo di valutazione e gestione ciò a causa della loro complessità ovvero dell'interazione delle stesse con altri profili critici. Non passa tuttavia inosservato che, a più riprese, il Giudice Amministrativo ha sostenuto che il proprio sindacato si spinge solo se le valutazioni fossero viziate da manifesta irragionevolezza e illogicità⁸³. Gli argomenti che assurgono più propriamente al momento della valutazione possono essere in grossa parte fatti risalire ai seguenti filoni:

- Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica. Con lo scopo di escludere che gli elementi di natura economica possano influenzare la valutazione della commissione di gara⁸⁴ impone la segretezza dell'offerta economica fino al completamento delle valutazioni di carattere tecnico. Il divieto non trova enunciazione né nelle norme comunitarie né nelle leggi interne, ma è una costruzione giurisprudenziale fatta discendere dal principio di imparzialità e buon andamento. Come ha avuto modo di chiarire il Giudice Amministrativo *«il divieto va inteso in senso non già assoluto ma relativo, con riferimento cioè al caso*

⁸¹ Ivi p. 57 dove si illustrano gli studi di S. DANZIGER e L. AVNAIM-PESSO, *Extraneous factors in judicial decisions*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, n. 18, 2011, p. 6889-6992, in merito alle capacità di valutazione dei giudici, si è riscontrata una percentuale del 65% di sentenze favorevoli (ed espresse in modo più articolato) quando queste erano emesse subito dopo la pausa pranzo e si è dimostrato che queste erano legate al tasso glicemico rilevato nel sangue dei giudici.

⁸² Ivi p. 157-172. L'autore dimostra che *«le ancore [ndr. l'effetto ancoraggio si verifica quando le persone, dovendo assegnare un valore a una quantità ignota, partono per farlo, da un determinato valore disponibile] palesemente casuali sono spesso altrettanto efficaci delle ancore potenzialmente informative»*. Dagli esperimenti condotti inoltre emerge che l'esperienza e la professionalità non escludono giudizi "ancorati": *«l'unica differenza tra i due gruppi era che gli studenti ammettevano di essere stati influenzati dall'ancora, mentre i professionisti no»*.

⁸³ *Ex multis* il Cons. Stato, sez. III, 01/04/2016 n° 1318, afferma che *«le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che, com'è noto, non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi, nella specie non riscontrabili, in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una deliberazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 18/01/2016, n.120)»*.

⁸⁴ *Supra* con la nota 81 si riportano i risultati di esperimenti che dimostrano quanto in realtà la valutazione dei commissari può essere influenzata anche da valori o condizioni anche del tutto estranee all'appalto.

concreto, in relazione al quale occorre verificare se l'anticipata conoscenza di un elemento dell'offerta economica già nell'ambito di quella tecnica abbia attitudine ad influenzare la valutazione di quest'ultima»⁸⁵. Tuttavia, se da un lato, c'è da interrogarsi da quali elementi economici siano capaci di influenzare il giudizio tecnico e quali invece non esercitano tale influenza, d'altro lato c'è da rilevare che «nonostante il divieto di commistione appaia formulato in modo teoricamente chiaro e di facile applicazione, nella pratica lo stesso si presta ad essere interpretato attraverso rigidi formalismi che finiscono con l'alterare il corretto funzionamento delle gare pubbliche»⁸⁶.

- Onere motivazionale sul punteggio attribuito laddove non vi siano predeterminate, chiare e verificabili disposizioni della *lex specialis* in merito ai criteri di aggiudicazione⁸⁷. C'è da rilevare che, tuttavia, sul tema non è facile addire a una soluzione univoca⁸⁸: «talvolta il punteggio numerico viene infatti visto positivamente, in quanto idoneo a semplificare l'operato dell'amministrazione in materie in cui – come si è visto – non esiste una motivazione scientificamente esatta. Da una diversa angolazione, tuttavia, il punteggio numerico viene percepito come un meccanismo pericoloso, che rischia di concedere all'amministrazione uno spazio di scelta troppo ampio e allo stesso tempo immune

⁸⁵ Cons. Stato, sez. III, 09/01/2020, n. 167.

⁸⁶ S. BATTISTON, *Il difficile equilibrio tra offerta tecnica ed economica: quando gli aspetti economici non influenzano le valutazioni tecniche in sede di gara e non violano il divieto di commistione*, Appalti & Contratti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021.

⁸⁷ In tal senso il Cons. Stato, sez. V, 11/03/2021, n. 2086: «è appena il caso di ricordare che il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione, che non si ravvisa nel caso qui esaminato, si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici».

⁸⁸ Seppur in materia di concorsi pubblici, sul tema dell'insussistenza di un obbligo di motivazione nell'attribuzione dei punteggi di valutazione è intervenuta anche la Corte Costituzionale che con sentenza del 26/01/2009 n. 9 ha affermato che: «questa Corte, in plurime decisioni, ha sinora escluso che la tesi dell'insussistenza, nell'ordinamento vigente, di un obbligo di motivazione dei punteggi attribuiti in sede di correzione e della idoneità degli stessi punteggi numerici a rappresentare una valida motivazione del provvedimento di inidoneità costituisca una interpretazione obbligata e univoca della normativa vigente (ordinanze n. 466 del 2000, n. 233 del 2001, n. 419 del 2005 e, da ultimo, n. 28 del 2006). Tuttavia, nella più recente evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, tale tesi si è ormai consolidata, privando la tesi minoritaria, ancora adottata in alcune isolate pronunce, di ogni concreta possibilità di definitiva affermazione giurisprudenziale. Questa Corte deve quindi prendere atto della circostanza che la soluzione interpretativa offerta in giurisprudenza costituisce ormai un vero e proprio diritto vivente».

da censure»⁸⁹, a conclusioni opposte sembrerebbe invece giungere l'ANAC che, al punto V delle Linee Guida ANAC n. 2 del 02/05/2018, impone stringenti oneri motivazionali in capo ad ogni singolo commissario in merito a: *«le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando»*.

- Valutazione collegiale della commissione o individuale del commissario. L'orientamento condiviso vede irrilevante *«la mancata specificazione del criterio decisionale dell'unanimità o della maggioranza adottato dalla commissione giudicatrice nel prevenire alla determinazione finale l'opinione dei singoli commissari non assume alcuna autonoma evidenza (TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 20 aprile 2011, n. 595) in quanto l'elaborazione e la discussione collegiale ed il raggiungimento di una decisione condivisa assorbono e superano le valutazioni monistiche espresse con i giudizi individualmente resi dai singoli commissari rendendo, quindi, inconferente se la determinazione sia stata assunta all'unanimità o a maggioranza»*⁹⁰ tuttavia, sembrerebbe orientata a diversa valutazione l'ANAC⁹¹. Volendo ragionare per convesso, nel caso di formulazioni individuali dei punteggi, c'è da osservare che nel caso di un mercato divario tra i punteggi assegnati dai commissari si riscontrano censure da parte degli operatori economici⁹². La questione inoltre è rilevante soprattutto in riferimento al divieto di integrazione specificazione dei criteri di aggiudicazione da parte della Commissione giudicatrice⁹³, laddove, l'adozione da parte della commissione di un meccanismo algebrico (media), volto a ripianare le divergenze d'opinione tra commissari, costituirebbe un'illegittima integrazione del bando. *Al contrario*

⁸⁹ A. TESSIER, *Valutazioni tecniche espletate attraverso la mera attribuzione di un punteggio: può dirsi soddisfatto l'onere motivazionale*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 3, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022, p. 107.

⁹⁰ M. MANCINI, *La dialettica decisionale tra giudizi espressi dai singoli componenti e giudizio finale Commissione giudicatrice: istruzioni per l'uso*, Appalti & Contratti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2015, p. 55-56.

⁹¹ Punto V delle Linee Guida ANAC n. 2 sull'Offerta economicamente più vantaggiosa, del 02/05/2018 sanciscono che: *«la stazione appaltante resta libera di determinare il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa (con la condizione implicita che tale criterio rispetti i principi di proporzionalità, trasparenza e che abbia basi scientifiche), tuttavia nella prassi applicativa si ricorre a due gruppi di sistemi alternativi: a) l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara; b) il confronto a coppie tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara. Sulla base del primo criterio, ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta»*.

⁹² È il caso del Cons. Stato, sez. V, 29/03/2022, n. 2320.

⁹³ *Ex multis* Cons. Stato, sez. V, 18/06/2018, n. 3737; id., sez. V, 02/08/2016 n. 3481.

invece una determinazione presa a maggioranza è considerata «legittima assunzione di una determinazione a maggioranza, è rimesso alla scelta insindacabile dei membri di minoranza dissenzienti la verbalizzazione o meno delle ragioni del dissenso, la cui mancanza non costituisce motivo di valida censura della decisione finale (cfr. ad es. TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 28 ottobre 2003, n. 9098, Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 302; TAR Lazio, Roma, sez. I, 28 febbraio 1996, n. 291)»⁹⁴. Sul giudizio a maggioranza tuttavia andrebbe considerato quanto, ormai da decenni, è noto sui meccanismi di conformazione dell'individuo al giudizio dei più anche nel caso siano loro convinti dell'errore palese sostenuto dalla maggioranza⁹⁵.

- *Riparametrazione dei punteggi. Il tema affronta una condizione algebrica, di stretta adesione su quanto sopra detto in materia di scale di misurazione dei caratteri e fissazione dei valori massimi e i minimi. Infatti nell'economicamente più vantaggiosa, convivendo talvolta elementi qualitativo discrezionali ed elementi quantitativo numerici, «quando i punteggi relativi a un determinato criterio sono attribuiti sulla base di subcriteri può accadere che nessun concorrente raggiunga il punteggio massimo previsto; ciò rischia di alterare la proporzione stabilita dalla stazione appaltante tra i diversi elementi di ponderazione, specie quando la valutazione è basata sul metodo aggregativo compensatore. La stazione appaltante procede, se previsto nel bando di gara, alla riparametrazione dei punteggi per riallinearli ai punteggi previsti per l'elemento di partenza»⁹⁶. L'istituto, ad oggi, è di pacifica attuazione, seppur, non essendo coperto da una disposizione normativa, è dibattuta l'eterointegrazione dello stesso nei bandi in assenza di espressa disposizione⁹⁷. Ancor più necessita di*

⁹⁴ *Supra* nota 90.

⁹⁵ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 72-73, illustrano i risultati degli esperimenti condotti da Asch affermando che: «sapendo che altri potranno vedere ciò che hanno da dire, gli individui sono più propensi a conformarsi al gruppo. Talvolta si conformano al gruppo anche quando pensano, o sanno, che tutti gli altri hanno commesso un errore madornale».

⁹⁶ Punto III delle linee Guida ANAC n. 2 sull'Offerta economicamente più vantaggiosa, del 02/05/2018.

⁹⁷ Il Consiglio di Stato con proprio parere n. 1273 del 06/07/2016, in merito alle linee guida di cui la nota precedente ed in particolare al passaggio riportato, «segnala una discrasia tra la parte in cui si configura la riparametrazione come doverosa, nei casi in cui sono previsti sub-criteri e nessuna offerta consegua il massimo punteggio previsto per ciascun criterio, e quella, conclusiva, in cui si precisa che il predetto metodo resta discrezionale e dev'essere previsto espressamente nei documenti di gara. Va chiarito, al riguardo, in coerenza con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., ex multis, Cons. Stato, III, 25 febbraio 2016, n. 749), che, poiché nessuna disposizione primaria la impone, la riparametrazione attiene a una scelta discrezionale della stazione appaltante e, per essere

specificazione la c.d. “*doppia riparametrazione*”. È dunque fondamentale definire, sin dalla esplicitazione dei criteri di aggiudicazione, disposizioni in merito alle modalità con cui si intende operare (ovvero palesare che non saranno eseguite operazioni di “*scaling*”), ciò perché «*considerando la posizione non univoca della giurisprudenza, ecco che assume centralità la lex specialis alle cui previsioni non può che essere rimessa la disciplina in materia di riparametrazione, in particolare, per quanto attiene il ricorso o meno alla doppia riparametrazione; ciò, soprattutto al fine di evitare successive censure qualora in sede di gara si procedesse in tal senso sebbene in mancanza di un’espressa previsione*»⁹⁸. In ultimo è opportuno rivolgere l’attenzione a una declinazione del più volte richiamato lavoro del Presidente Cartabia⁹⁹: le formule algebriche costituiscono una rappresentazione sintetica della realtà ed esse sono sintetiche sia nel senso che esse sono un sunto, con ciò implicando un’operazione di scelta e riduzione, e sono sintetiche nel senso che sono un’artificiale illustrazione che in nessun caso sarà identica alla realtà.

III.4. Una serie di considerazioni sull’individuazione di elementi non discrezionali per escludere profili di eccesso di potere

Quanto sopra elencato attiene a una serie di rischi che possono minacciare il procedimento di valutazione, ma allo stesso modo, giacché rischiosi (si ricordi che il rischio è l’effetto dell’incertezza sui risultati), possono costituire opportunità, tant’è che il *Project Manager* è chiamato a governare la fase non solo riducendo le minacce ma, in primo luogo, aumentando le opportunità: «*il trattamento del rischio dovrebbe comportare lo sviluppo di opzioni e azioni per aumentare le opportunità e ridurre le minacce al progetto*»¹⁰⁰. Assumere il rischio talvolta è indispensabile per trarne un’opportunità: elementi di valutazione e criteri di aggiudicazione costituiscono una scelta e ciascuno di essi conduce a vantaggi e svantaggi.

Il giudizio finale sull’azione da intraprendere non è dunque legata alla presenza di una minaccia ma a una valutazione comparativa: «*le azioni intraprese per trattare un determinato rischio dovrebbero essere adeguate alla minaccia o all’opportunità,*

legittimamente adottata, come criterio di computo del punteggio, dev’essere espressamente e chiaramente prevista nel bando».

⁹⁸ Punto III delle linee Guida ANAC n. 2 sull’Offerta economicamente più vantaggiosa, del 02/05/2018.

⁹⁹ *Supra* nota 53, ove si afferma che «*ragionevolezza e proporzionalità non sono riducibili alla razionalità sillogistico-deduttiva di tipo matematico*».

¹⁰⁰ Punto 7.8.4 della UNI EN ISO 21502:2021, , *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio – Guida alla gestione dei progetti*.

essere economicamente vantaggiose, tempestive, realistiche nel contesto del progetto, comprese dalle parti coinvolte e assegnate a un inidoneo responsabile»¹⁰¹. Le azioni da intraprendere, dunque, non possono costituire uno spropositato costo (non solo economico), ma devono prefigurarsi come realistiche nel perimetro specifico in cui sono prese: non potrebbe essere ragionevole affrontare un rischio intraprendendo azioni mitigative che destabilizzassero la sostenibilità del progetto. Ad esempio, nel nostro campo di studio, non è da prendere in considerazione, per appalti di modico valore, un criterio di aggiudicazione la cui complessità conduca a scarsi vantaggi in termini di valutazione a fronte di esosi sforzi e competenze specifiche che incontrerebbe anche, da parte degli operatori economici, incomprensioni anch'esse osteggiate dalla UNI EN ISO 21502:2021¹⁰².

L'impostazione metodologica utilizzata dalla UNI EN ISO 21502:2021 per il governo del rischio impone una conseguenza: il rischio è da gestire e soppesare in riferimento al singolo progetto, avendo cura di far emergere i punti di forza e le opportunità che esso presenta.

La sottile linea che separa una scelta discrezionale nell'esercizio delle proprie funzioni, dall'arbitrario esercizio dei propri compiti, spingerebbe a guardare con favore a strumenti meccanizzati di valutazione delle offerte la cui predeterminazione consente di epurare il processo valutativo da elementi (inconsapevolmente o meno) distorcenti del confronto concorrenziale. Una frettolosa valutazione generalizzata ed indistinta, che soprattutto in ambito D.lgs. 50/16, ha comportato una sfiducia per l'operato delle S.A. ed un favor per metodi di attribuzione del punteggio non discrezionali¹⁰³. In realtà, la formulazione di criteri non discrezionali, da un lato indubbiamente solleva da questioni di imparzialità (inoltre dona speditezza al

¹⁰¹ Ivi.

¹⁰² In merito concorde è ANAC che al punto VI.1 delle linee Guida ANAC n. 2 sull'Offerta economicamente più vantaggiosa, del 02/05/2018, afferma che «a questo fine occorre fare riferimento a uno dei metodi multi-criteri o- multi-obiettivi proposti dalla letteratura, quali l'aggregativo compensatore, l'Electre, il metodo AHP, il Topsis. Nessun metodo è in assoluto il migliore».

¹⁰³ Così il CONSIGLIO DI STATO, 07/12/2022, *Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, ove commentando l'art. 2 "Principio di fiducia" afferma che «codifica l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta di una segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento».

procedimento di valutazione), tuttavia si scontra con una serie di punti di debolezza: i) non consente apprezzamenti su canoni non presi in considerazione dall'elemento di valutazione; ii) in caso di formulazioni ambigue degli operatori si può optare solo per scelte secche non moderabili; iii) la scala potrebbe rilevarsi non sensibile o inadeguata a valutare le effettive capacità del mercato di formulare proposte migliorative; iv) impone una maggiore istruttoria nell'analisi del mercato; v) scoraggia la formulazione di proposte che eccedano il minimo impegno per l'ottenimento del punteggio; vi) scoraggia proposte innovative (fuori dagli schemi).

Ma vi è di più: nell'ipotesi di una griglia valutativa con soli criteri quantitativi, si svilirebbe il senso stesso del giudizio sulla qualità che per sua natura non è condensabile in valori e numeri¹⁰⁴; inoltre non è da trascurarsi che tali criteri, rischiano di portare la competizione tutta sull'elemento prezzo con ciò quasi mascherando una economicamente più vantaggiosa in un massimo ribasso¹⁰⁵. Sotto un profilo più strettamente procedurale si voglia poi osservare che l'alleggerimento della discrezionalità in capo alla commissione di valutazione si traduce con un appesantimento della fase istruttoria per la cernita e definizione di elementi valutazione e criteri di aggiudicazione¹⁰⁶: il rischio di assumere provvedimenti illegittimi, in tal caso, non è stato mitigato, bensì traslato in una fase a monte ove la S.A. è chiamata a motivare le scelte assunte. Finanche, in estrema ipotesi, con l'individuazione di soli criteri non discrezionali, si potrebbe incappare in astratto in mercati ristretti, in una predeterminazione del soggetto capace di formulare la migliore offerta.

Infine, trasformare un momento di valutazione sulla qualità, in un asettico vaglio di certificazioni, di presenza di condizioni preesistenti, o impegni standardizzati, da

¹⁰⁴ Il TAR Lazio, con le sentenze 5022/2018, 5023/2018 e 8434/2018, a più riprese ha avuto modo di pronunciarsi in tal senso ovvero come riportato dalla sentenza TAR Lazio, sez. III, 23/12/2019, n. 14749 «*condivisa l'impostazione giurisprudenziale, anche di questo TAR, assunta proprio in tema di appalti di pulizie (sentenza n. 7889\2018), per cui una tale definizione dei criteri di valutazione finisce per "appiattare" la valutazione dell'offerta tecnica e, quindi, per attribuire un peso determinante al valore dell'offerta economica, snaturando il criterio di aggiudicazione previsto in tutti i documenti di gara e imposto, prima ancora, dal legislatore nazionale e comunitario per gli appalti ad alta intensità di manodopera, risultando conseguentemente illegittima*».

¹⁰⁵ P. COSTANZO, *Public procurement: limiti di ammissibilità dei criteri di valutazione c.d. on/off*, Appalti & Contratti, n. 9, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020, p. 56, riferisce che «*è stata sostenuta l'illegittimità di un uso massiccio (id est, esteso a gran parte dei criteri premianti) e non ponderato del sistema "on/off" in quanto, determinando uno spostamento della competizione unicamente sul prezzo*».

¹⁰⁶ Ivi p. 55, si afferma che «*occorre, pertanto, individuare correttamente quali sono le condizioni al ricorrere delle quali l'utilizzo di tale metodo può ritenersi legittimamente utilizzabile nell'ambito delle procedure di gara da assegnare secondo il criterio dell'OEPV*».

espletarsi a mezzo di una serie di parametri numerali, appare quale una sorta di spoliamento dei poteri da parte della S.A., che, invece, ha come dovere imperativo l'esercizio della discrezionalità: la funzione pubblica ha il dovere di servirsi di ogni strumento a disposizione al fine di soppesare adeguatamente gli interessi coinvolti nel procedimento e condurre al miglior risultato complessivamente possibile. Quanto riportato sulla gestione del rischio in ambito UNI EN ISO 21502, è rintracciabile infatti anche nel mondo della dottrina amministrativa ove: *«l'identificazione, che qui si propone, della discrezionalità con la sostanza più propria dell'attività amministrativa, o la giustificazione che, per conseguenza, si offre dell'ufficio necessario della discrezionalità amministrativa, son difatti più che sufficienti a mostrare perché la ponderazione degli interessi, dell'interesse essenziale nei confronti di ogni altro interesse principale o secondario, rappresenti e costituisca un aspetto ineliminabile dell'azione amministrativa»*¹⁰⁷. Tale spirito sembrerebbe ispirare il recente D.lgs. 36/2023 ed il suo noto principio del risultato.

¹⁰⁷ A. PIRAS, Discrezionalità amministrativa, in Enc. dir. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 82.

IV. L'impervio esercizio della discrezionalità amministrativa: aspetti pragmatici

IV.1 Sul metodo

Quanto finora rilevato sui vincoli che influenzano la redazione di un sistema di valutazione è dipeso da una lettura del quadro normativo, tuttavia è mancata l'analisi di una parte interessata rilevante: l'operatore economico! Nella prima parte del presente capitolo saranno raccolte una serie di questioni che attengono alla capacità del mercato di partecipare al procedimento. Sono infatti da considerarsi nella redazione di una griglia di valutazione molteplici rischi/opportunità¹⁰⁸ generati dall'interazione dell'operatore economico con la stazione appaltante in fase di formulazione della propria proposta tecnica.

Ma ancora c'è da pensare che ogni sistema di valutazione è uno strumento redatto dalla S.A. per consentire alla commissione di aggiudicazione di espletare il proprio mandato: si passerà quindi a sondare gli aspetti discendenti dalla stretta operatività delle azioni intraprese dalla commissione (per sola chiarezza si vuole precisare che nel capitolo non si affronteranno, come nel precedente capitolo III, i profili della costituzione della stessa e degli elementi formali che la governano, ma solo quanto deriva dallo svolgimento dei compiti attribuiti).

Nel seguito, sinteticamente e per argomenti generali, saranno esaminate, per esaustività, alcune questioni, relative ai criteri di aggiudicazione, che possano produrre effetti significativi sulla valutazione, senza, tuttavia, ripercorrere con esaustività l'intero panorama per così dire algebrico. Ciò innanzitutto per esigenze di trattazione ma anche perché, come ribadito a più riprese, le formule sono tra loro indifferenti: tutte sono egualmente approssimative nel trasformare in oggettivo ciò che tale non è. Ciascuna di esse ha punti di forza e debolezza che vanno valutati al momento dell'adozione calandole nel contesto specifico.

¹⁰⁸ Cernita dei rischi e la valutazione degli stessi costituiscono un passaggio focale per l'adozione di strumenti validi per la gestione del rischio stesso; tuttavia, non è stato possibile per esigenze di trattazione soffermarsi sulle modalità di raccolta. Si consideri che i rischi possono essere valutati allorquando sono noti e che c'è quindi la necessità di un ritorno di esperienza. Quanto riportato in elenco attiene a una serie di criticità, rintracciate in giurisprudenza ovvero derivanti da analisi del rischio condotte dallo scrivente durante l'attività lavorativa. Tuttavia, ai fini dell'attuazione del ciclo *PDCA*, è sufficiente in qualche modo partire, anche da un'elencazione sommaria come quella presentata, al fine di raccogliere ritorni di esperienza e migliorare il processo ad ogni ciclo.

In fine, saranno abbozzati un insieme di elementi che costituiscono opportunità/criticità per così dire trasversali ad ogni procedimento e che pertanto concorrono a influenzare la bontà del procedimento.

IV.2 Sulla presentazione dell'offerta

Il procedimento di scelta del contraente presuppone una serie di operazioni svolte da soggetti esterni alla stazione appaltante ed in particolare una partecipazione di operatori economici al procedimento: in assenza di offerte cosa si valuterebbe?

La UNI EN ISO 21502¹⁰⁹, sulla valutazione e selezione dei fornitori, delinea una serie di indicazioni aderenti con quelle che sono le procedure pubbliche di scelta del contraente: *«i fornitori dovrebbero essere selezionati in base alle informazioni ottenute durante le attività di individuazione e selezione dei fornitori, e verificati. In conformità a criteri di valutazione specificati dovrebbe essere intrapresa una valutazione di ciascun fornitore. Le prestazioni del fornitore dovrebbero essere rivalutate durante l'intero progetto in conformità ai requisiti contrattuali»*.

Dalla formulazione riportata sorgono tre grandi ordini di argomenti: i) la scelta del contraente è sulla base di quanto da questi inviato in fase d'offerta (e verificato dalla S.A.)¹¹⁰; ii) la valutazione è aderente ai criteri di valutazione espressi¹¹¹; iii) la valutazione degli impegni avviene anche nel corso di esecuzione contrattuale¹¹². Per ciascuno di questi orizzonti si apre una serie di questioni da approfondire e gestire nella redazione della griglia di valutazione. Nel seguito si riporta una grossolana e non esaustiva elencazione di aree di rischio¹¹³ che attengono la sfera dell'operatore economico e scaturiscono dalla formulazione di proposte:

- carenti in riferimento ad alcuni elementi di valutazione¹¹⁴;

¹⁰⁹ Punto 7.17 della UNI EN ISO 21502:2021, *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio – Guida alla gestione dei progetti*.

¹¹⁰ Il comma 4, art. 67, direttiva 2014/24/UE si focalizza proprio sull'esigenza di proposte verificabili stabilendo che: *«criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte»*.

¹¹¹ Sull'esigenza di chiarezza di elementi di valutazione e criteri di aggiudicazione si rinvia al precedente capitolo II. Si pensi che la medesima chiarezza che favorisce la presentazione e valutazione dell'offerta, favorirà poi, nel corso dell'esecuzione contrattuale, la stazione appaltante nei compiti di verifica del corretto adempimento.

¹¹² Il punto, vista la focalizzazione del lavoro sulla fase di aggiudicazione, sarà solo lambito nelle conclusioni, quando si accennerà a qualche rimedio per evitare che gli impegni assunti non trovino completa attuazione in fase esecuzione.

¹¹³ *Supra* nota 108.

¹¹⁴ Si tenga in considerazione che in tale insieme, trattandosi di carenze e non di ambiguità non è possibile esperire il c.d. "soccorso procedimentale". Come osservato in giurisprudenza, *ex multis* Cons.

- non migliorative;
- ambigue o ingannevoli¹¹⁵;
- aleatorie o generiche o comunque non riferite allo specifico contratto;
- contenenti varianti non ammesse¹¹⁶;

St., sez. V, 09/02/2020, n. 680 (in adesione a precedenti pronunce): «rinviene nel sistema normativo degli appalti pubblici la possibilità, in relazione all'art. 83, di attivare da parte della stazione appaltante un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità». Maggiori margini sono riscontrabili nella giurisprudenza comunitaria ove la sentenza della Corte giust. UE, sez. VIII, 11/05/2017, C-131/16, ammette la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio anche rispetto ad irregolarità presenti nelle offerte tecniche ed economiche. Il rimedio è astrattamente esperibile ma impone una serie di questioni legate al preciso perimetro oggettivo del soccorso e comunque risente di una accidentata ricostruzione giurisprudenziale come rilevato da C. CATALDI e L. GOLISANO, *Il soccorso, istruttorio e procedimentale, a fronte di irregolarità nelle offerte*, Rivista Trimestrale degli Appalti Fascicolo n. 3, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021, p. 1145: «giurisprudenza in materia resta frammentata e neppure può sperarsi in un intervento risolutivo da parte della Corte di giustizia dato che la Direttiva europea consente agli Stati membri di limitare il ricorso al soccorso istruttorio».

¹¹⁵ Il T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA, sez. I, 09/08/2018, n. 275, riportando orientamenti consolidati afferma che «il rispetto dell'equilibrio contrattuale e della serietà delle proposte inoltrate alla stazione appaltante, la sussistenza di elementi di incertezza in ordine alla compiuta configurazione o, meglio, al corretto ed inequivoco intendimento della proposta formulata costituiscono una carenza incidente sulla linearità e sulla chiarezza e, dunque, necessariamente comportante la nullità della proposta stessa e, conseguentemente, l'esclusione della concorrente dalla gara». Tuttavia non si può negare, in riferimento alle note 4 e 6, che paradossalmente sarebbe degna di apprezzamento un'offerta vuota, poiché ritenuta non peggiorativa, anziché un'offerta che, formuli anche solo una proposta ambigua.

¹¹⁶ Per quanto insita nel concetto di economicamente più vantaggiosa, talvolta la migliorata presentata dall'operatore economico può travalicare taluni confini, molto labili ed irregolari, che ne comporterebbero l'inammissibilità. Nel quadro normativo comunitario rileva il considerando 48 alla direttiva 2014/24/EU che afferma: «in considerazione dell'importanza dell'innovazione, occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile. Occorre pertanto attirare l'attenzione di tali autorità sulla necessità di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare prima di indicare che possono essere presentate varianti». Nel precedente capitolo III si è tentata una rappresentazione dei confini di ammissibilità delle varianti in sede d'offerta. La giurisprudenza pone al centro della valutazione la destinazione funzionale dell'oggetto contrattuale e gli obiettivi che la S.A. con esso intende soddisfare. Tra le varie si riporta il Cons. St., sez. V, 07/07/2014, n. 3435: «la proposta in contestazione non può essere considerata una variante rispetto al progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante, bensì un'offerta migliorativa. Ciò per la decisiva considerazione che il tronco di condotta in contestazione non determina alcuna modifica del tracciato dell'acquedotto, ma si innesta in quest'ultimo ed è finalizzato a migliorare il rifornimento idrico delle zone interessate dall'infrastruttura, in coerenza con la richiesta della stazione appaltante sottesa all'enucleazione del sopra citato sub-elemento di valutazione delle offerte tecniche. In altri termini, l'amministrazione ha chiaramente predeterminato l'aspetto tecnico oggetto di valutazione del prezzo delle offerte, a sua volta rispondente ai bisogni della collettività servita dall'infrastruttura acquedottistica, lasciando poi alle imprese concorrenti la definizione delle specifiche caratteristiche costruttive e tipologiche». Interessante è la distinzione individuata, sotto il profilo autorizzativo, da E. ZIMEI, *Migliorie e varianti nella fase di selezione*, 2019, Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2019, p. 1391, che renderebbe certamente più agevole la valutazione sull'ammissibilità della proposta: «le migliorie, pur rilevando nella valutazione dell'offerta, non vengono in considerazione sul piano della disciplina di gara non occorrendo una valutazione preventiva della stazione appaltante che le autorizzi e ne predetermini i requisiti: esse sono rimesse al privato, che potrà attingere al proprio bagaglio di esperienze competenze e innovazioni. Per

- non sostenibili o non credibili;
- non verificabili, non aderenti agli elementi di valutazione o comunque formulate senza ripercorrere la struttura del sistema di valutazione delle offerte¹¹⁷;
- in riduzione ai minimi base gara¹¹⁸

Al lettore non sfuggirà che per molte delle questioni sopra esposte, le possibili conseguenze comportano danni *in primis* in capo all'operatore economico che all'interno delle procedure di scelta del contraente è costantemente sottoposto alla *spada di Damocle* dell'esclusione. Ma questo non è lo spirito che ispira le riflessioni fin qui svolte: come visto nel capitolo II, il concetto di qualità si esprime al di là della sola focalizzazione sul cliente e spinge l'organizzazione ad affrontare anche la soddisfazione delle parti interessate. Ciò per i seguenti motivi:

- l'ordinamento comunitario e direttive sono orientate fermamente a logiche pro concorrenziali: gli obiettivi fissati dal Legislatore Comunitario spingono le

le varianti, invece, è necessaria l'autorizzazione della pubblica amministrazione e la statuizione dei requisiti minimi».

¹¹⁷ Il punto grava la fase di valutazione di molteplici criticità come si vedrà nel seguito del presente capitolo. Se, come illustrato dalla sentenza Cons. Stato, 19/04/2021, n. 2942, l'assenza di proposte relative ad un elemento di valutazione non può condurre all'esclusione, ma unicamente a una riparametrazione del punteggio o a un suo azzeramento. In assenza di specifiche indicazioni in *lex specialis* in merito alle scale da utilizzare (in particolare l'assenza di minimo), c'è da interrogarsi su quando una condotta cagioni l'azzeramento e quando la riparametrazione. Del pari numerose incertezze potrebbero discendere dal non chiaro rispetto dei minimi oneri del capitolato: nel silenzio dell'operatore economico sono quindi da ritenersi rispettati? Si concorda, dunque, con quanto asserito da B. ARMELI, *Gare di progettazione: se il "progetto analogo" non risponde ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica non può essere disposta l'esclusione*, Appalti & Contratti, n. 6, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022, p. 38: «non può che rilevarsi l'importanza della formulazione della legge di gara, della quale – si ricorda – deve sempre privilegiarsi l'interpretazione letterale, da cui è possibile discostarsi solo in presenza di un'obiettiva incertezza delle espressioni utilizzate». Si ritiene condivisibile quanto asserito nel proseguo dalla medesima autrice (anche alla luce di quanto poi si dirà sull'architettura delle scelte, quanto asserito sull'esigenza di chiarezza nella formulazione di elementi e criteri), ma scarsamente è condiviso quanto dalla stessa è richiesto agli operatori economici: «se da un lato, quindi, l'amministrazione è chiamata a puntualizzare e circoscrivere – per quel che qui interessa – i margini della discrezionalità tecnica connotante l'apprezzamento della commissione giudicatrice nell'applicazione dei criteri valutativi dell'offerta tecnica, dall'altro lato, è onere dell'operatore economico un'attenta lettura e un'adeguata comprensione dei criteri stessi».

Tuttavia sono da rintracciarsi pronunce contrarie a quanto sopra detto ed orientate ad escludere un'offerta che non presenti gli elementi minimi da capitolato. Sul punto si riporta Cons. Stato, sez. V, 14/04/2020, n. 2400, che afferma: « il contenuto minimo dell'offerta tecnica è solo ed esclusivamente quello previsto dalla legge di gara, mediante l'individuazione dei relativi contenuti presidiati dalla previsione dell'esclusione per il caso della loro carenza, e che la commissione è vincolata non meno dei concorrenti alla rigorosa applicazione - zione della *lex specialis* (tra tante, Cons. Stato, sez. V, 23/09/2015, n. 4441). Sicché non si vede come l'offerta della contro-interessata potesse essere esclusa dalla gara perché carente di elementi che la *lex specialis* di gara non aveva presidiato a pena di esclusione, rendendoli in tal modo obbligatori».

¹¹⁸ *Supra* nota 114.

stazioni appaltanti a ricercare la massima competizione e ad orientare il mercato ad obiettivi sociali, ambientali ed inclusivi¹¹⁹.

- Ogni selezione, compresa quella delle offerte, tanto più è competitiva quanto maggiore è la platea dei soggetti che concorrono. Sul punto è bene ricordare che l'obiettivo delle procedure di scelta del contraente è ricercare la migliore offerta, non ridurre il numero dei candidati ottenendo la miglior offerta superstite.
- Quanto più è numeroso il campione da selezionare tanto più sono le possibilità di intercettare l'offerta che soddisfi le esigenze del cliente interno.
- Un maggior numero di offerte comporta la possibilità di alzare il livello qualitativo poiché, la valutazione essendo effettuata per il singolo elemento, con un'estensione della popolazione da valutare si abbassa l'incidenza di risultati estremi e, dunque, le offerte complessivamente più performanti sono generalmente quelle che su tutti gli elementi raggiungo livelli qualitativi alti (si pensi all'esempio dove la squadra A vince 8 partite per 1-0, mentre la squadra B che vince 4 partite 6-0 e perde le restanti 0-2: seppur non sostenibile in termini assoluti, presumibilmente si riterrà più affidabile la prima).
- Proattivamente c'è da osservare che favorendo una partecipazione scorrevole allontanano il rischio di offerte mal formulate e conseguentemente il sindacato da parte dell'operatore economico: l'interesse primario degli O.E. è infatti competere in gara, non contestare l'operato della commissione di valutazione oppure trascinare in giudizio la S.A. Allo stesso modo, offerte chiare e formulate in coerenza con gli elementi, favoriscono la verifica delle informazioni fornite da parte della commissione e di conseguenza avvantaggiano il processo di valutazione.

L'esigenza di qualità nel processo è soddisfatta dall'organizzazione quando questa sia capace di creare connessioni con le parti interessate rilevanti e godere, nel perseguimento dei propri fini, del sostegno di queste: ciò avviene quando

¹¹⁹ Si ricorda, primo tra tutti, il considerando 1 alla direttiva 2014/24/UE: «*per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza*» aggiungendo poi al considerando che «*la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*».

l'organizzazione si è adoperata per collegare i propri obiettivi alle esigenze delle parti interessate¹²⁰.

Nell'elaborazione del sistema di valutazione, la stazione appaltante deve essere cosciente del proprio ruolo di “*architetto delle scelte*”¹²¹ cui spettano una serie di decisioni in grado di rendere facili le scelte degli operatori economici o in alternativa condurli in uno “*sludge*” (che si traduce con *fango*, tuttavia il concetto è espresso in italiano con la parola *pantano*)¹²² ovvero un'architettura delle scelte che, come un pantano rende per le persone difficile raggiungere un obiettivo che migliorerebbe la propria sfera personale. Si tenga in considerazione che, secondo Cass e Sunstein, «*il pantano entra in scena quando la procedura di iscrizione e quella di disiscrizione presentano differenze sostanziali*»¹²³: tale asimmetria potrebbe facilmente presentarsi nelle procedure di scelta del contraente dove l'ingresso a una procedura richiede un dispendio di energie mentre l'uscita è ben più semplice. L'obiettivo morale della chiarezza nell'esposizione di elementi e criteri, prima ancora che discendente dalle norme¹²⁴ e degli *standard* di qualità¹²⁵, è una scelta di opportunità: sistemi di valutazione poco chiari, nel rendere difficoltosa la presentazione delle offerte, rendono difficoltosa la ricerca della soddisfazione del cliente interno.

IV.3 Le criticità della valutazione dell'offerta

Come illustrato nel capitolo III, fase, nevralgica ed altamente attenzionata, del procedimento di scelta del contraente è la valutazione delle offerte, di cui si è passato in rassegna le principali criticità sotto il profilo della costituzione ma soprattutto si

¹²⁰ Come illustrato al capitolo II, il punto 2.3.1.4, della UNI EN ISO 9000:2015 spinge l'organizzazione a perseguire la qualità con le seguenti azioni: «i) riconoscere i clienti diretti e indiretti come quelli che ricevono valore dall'organizzazione; ii) comprendere esigenze ed aspettative, attuali e future dei clienti; iii) collegare gli obiettivi dell'organizzazione alle esigenze e aspettative dei clienti».

¹²¹ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 15, sostengono che «un architetto delle scelte ha la responsabilità di organizzare il contesto nel quale gli individui prendono decisioni. [...] nessun prodotto dell'architettura può esser ritenuto “neutrale”».

¹²² CASS E R. SUNSTEIN, *Sludge: what stops us from getting things done and what to do about it*, Feltrinelli, Milano, 2021.

¹²³ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 151.

¹²⁴ Così infatti il considerando 91 alla direttiva 2014/24/EU: «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri».

¹²⁵ *Supra* nota 112.

sono voluti tracciare i profili di criticità del processo di valutazione della stessa. Tuttavia ci si è soffermati su temi di portata ampia ai quali seguono una serie di conseguenze di carattere più operativo ma parimenti capaci di minare il procedimento. Nel seguito si pone quindi l'attenzione esclusivamente a quelle che sono delle aree di rischio¹²⁶ che, sia indotte dalle proposte dell'operatore economico sia proprie del processo di valutazione, affiorano nello svolgimento delle operazioni di valutazione ed in particolare:

- la formulazione difettosa della proposta (come ripercorsa al paragrafo IV.2) influenza anche l'azione della commissione chiamata a valutare una serie di profili critici che certamente generano incertezza sui risultati. Le azioni individuate in risposta al sorgere delle criticità sono eterogenee¹²⁷, perlopiù caratterizzate da un *an* non chiaramente definito¹²⁸ e dai risultati non sempre confortevoli¹²⁹. È ben chiaro che la soluzione maggiormente confortevole è la mitigazione del rischio in favore della ricerca di opportunità di miglioramento del procedimento.
- Il rischio che elementi di valutazione e criteri di aggiudicazione risultino poco chiari ovvero non pienamente definiti: il tema, anch'esso affrontato nel capitolo III, non produce solo l'effetto di generare confusione nell'operatore economico ma induce anche la commissione a perplessità sui limiti dell'esercizio della propria discrezionalità¹³⁰ non avendo modo di considerare adeguatamente le finalità che la S.A. intende soddisfare con l'affidamento.
- Criteri di aggiudicazione che non fissano scale con minimi o massimi, per cui la relativa valutazione soffre di incertezza in presenza di proposte che: i) nulla dicono rispetto l'elemento di valutazione; ii) offrono semplicemente i minimi di capitolato; iii) presentano caratteri di ambiguità; iv) presentato dettagli non

¹²⁶ *Supra* nota 108.

¹²⁷ *Supra* note da 114 a 118. Si è visto come si passi dal possibile esperimento di un c.d. “*soccorso procedimentale*” ad una valutazione riparametrata dell'offerta, all'attribuzione di un punteggio nullo fino a giungere all'esclusione.

¹²⁸ *Supra* note da 114 a 118. Essendo, in massima parte, desumibili da pronunce giurisprudenziali, è osservabile un certo margine di incertezza nella definizione negli ambiti di applicazione dei rimedi.

¹²⁹ Ci si riferisce sia alla possibilità di generare contenzioso su azione sia dell'interessato che del controinteressato, ma ancor più ci si riferisce all'aggravamento del procedimento che comporterà un dispendio di risorse da parte della S.A.

¹³⁰ Come si è detto in apertura con nota 109 la UNI EN ISO 21502:2021, *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio – Guida alla gestione dei progetti*, pretende chiarezza chiede chiarezza nella formulazione delle esigenze che si chiede ai fornitori di soddisfare: «*i fornitori dovrebbero essere selezionati in base alle informazioni ottenute durante le attività di individuazione e selezione dei fornitori, e verificati. In conformità a criteri di valutazione specificati dovrebbe essere intrapresa una valutazione di ciascun fornitore*».

conformi al capitolato; v) presentano proposte spropositate; vi) presentano elementi eccedenti il perimetro di valutazione. Tutte siffatte ipotesi, se da un lato minano la sfera dell'offerente, per convesso pongono in una situazione di dubbio la commissione che in massima parte, non potendo integrare¹³¹ la *lex specialis* per fissare dei metri di valutazione, si scontrerebbe con dubbi sull'attribuire un punteggio pari a zero, un punteggio scarso oppure finanche dover escludere l'offerta. Nella fissazione della scala occorrerebbe quindi precisare l'atteggiamento che la commissione dovrebbe prendere nei casi sopraccitati.

- La contraddittorietà e l'incoerenza dei giudizi espressi dalla commissione. La commissione nell'esercitare i propri compiti affronta una misurazione delle offerte in gara. Tale misurazione è una comparazione di ciascuna offerta con quelle che sono le finalità espresse dalla stazione appaltante, ordinate secondo una scala di gradimento, e quelle che sono le proposte avanzate dagli offerenti cui attribuire un punteggio in riferimento al gradino. Per ogni offerta, le valutazioni da fare sono principalmente due: una di raffronto con l'elemento di valutazione e la seconda di conversione del raffronto in numeri della scala (si pensi a quando, per prendere le misure ad un oggetto, prima avvicino il metro all'oggetto e poi osservo a quale centimetro corrispondono inizio e fine dell'oggetto). Tutto questo va effettuato per ogni offerta: ad ogni azione corrisponde una probabilità di errore¹³² nella misurazione che produce dunque incoerenza e contraddittorietà a

¹³¹ Si è visto nel capitolo III del divieto di integrazione specificazione dei criteri di aggiudicazione da parte della commissione giudicatrice.

¹³² In fisica un'intera branca si cura della teoria dell'errore nella misurazione, tuttavia a solo titolo di cenno, si vuole sinteticamente riportare gli studi di J. R. TAYLOR, *Introduzione all'analisi degli errori*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 3-6 che affermano di quanto l'errore nella misurazione sia inevitabile e possa essere cagionato da una molteplicità di fattori. Gli errori di misurazione si possono distinguere in:

- Errori grossolani dovuti alla disattenzione o poca concentrazione dell'osservatore (poco temuti in fisica perché di facile rilevazione).
- Errori sistematici o determinati dovuti a procedimenti effettuati con strumenti di misura od osservatori diversi portano a risultati sistematicamente differenti, quali ad esempio: i) malfunzionamento dello strumento di misura (nel nostro caso un criterio di valutazione non aderente alle finalità della stazione appaltante); errore nel processo di misurazione (che nella valutazione dell'offerta potrebbe attenere ad un'errata applicazione delle formule di attribuzione del punteggio); iii) mancanza di abilità o di conoscenza dello strumento da parte di chi effettua la misura (sul punto preme rinviare a quanto detto sulla competenza dei commissari che è complessiva della commissione e non del singolo membro); iv) volontarietà (si vuole precisare che, al netto delle ipotesi di dolo, esistono molteplici profili di valutazioni discriminatorie poste in essere inconsapevolmente e senza intenzionalità da parte dei valutatori).
- Errori indeterminati o casuali ovvero quelli che ripetendo la misurazione più volte e calcolando la media dei valori riscontrati (misura attendibile), il loro contributo generalmente diminuisce per una ragione probabilistica, in quanto la distribuzione di probabilità dei valori misurati tende ad avere un andamento coerente rispetto al valore atteso.

prescindere dalla chiarezza delle disposizioni del bando. A quanto riportato è poi da sommarsi quanto affermato da Kahneman sulla capacità di valutazione dei soggetti: «l'intuizione governa i giudizi nella condizione inter-soggetti [ndr. valutazione effettuata in assenza di una comparazione], mentre le regole logiche li governano nella valutazione congiunta [ndr. valutazione che dispone di una comparazione]»¹³³, ciò nella misura in cui la commissione valuta il singolo elemento in riferimento alla singola offerta senza una comparazione tra offerte o tra elementi.

- Il rischio di travisamento dei fatti. Sul punto, sebbene possa apparire un rischio remoto e legato ad ipotesi di dolo, invero, sovente è possibile incappare in tale fattispecie laddove un'offerta presentata da un soggetto, seppur non riporti in relazione tecnica una specifica condizione, incorre comunque in una valutazione della commissione fondata su fatti già noti ai valutatori. La competenza dei commissari nello specifico settore oggetto di affidamento comporta che questi dispongano di una serie di informazioni sulle proposte o sugli offerenti tali da indurli a sopperire inconsciamente ad eventuali lacune dell'offerta¹³⁴. Del pari è palese che sotto un profilo sostanzialista, la fonte di reperimento dell'informazione, non impatta sull'esecuzione del contratto e la capacità di soddisfare le esigenze della committenza.
- Già si è detto nel precedente capitolo III di come i criteri di aggiudicazione possano comportare una notevole riduzione della discrezionalità nell'attribuzione dei punteggi. Sul punto preme ora osservare come, una rigida espressione del criterio di aggiudicazione, può implicitamente ridurre i margini per la valutazione di sfumature che seppur non direttamente presi in ricompresi dalla *lex specialis* all'interno degli elementi di valutazione, possono incidere sulla qualità dell'offerta: ebbene, con criteri di aggiudicazione non discrezionali, soprattutto se formulati rigorosamente in forma algebrica, il giudizio potrà avvenire solo su base scalare (presente ovvero non presente; mediocre ovvero sufficiente ovvero discreto) senza prendere in considerazione elementi marginali. Inoltre, se da un lato ci sarebbe da interrogarsi su quanto un metodo algebrico sia realmente capace di misurare la qualità, dall'altro, in caso di vizi dell'offerta, la commissione è posta

¹³³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, p. 219.

¹³⁴ Ivi p. 106-114 dove l'autore si sofferma su quello che chiama "effetto alone" ovvero la tendenza ad apprezzare tratti di un soggetto compresi quelli che non si sono potuti osservare.

di fronte a scelte nette per cui una carenza dell'offerta generi punizioni draconiane quali un punteggio pari a zero, se non l'esclusione.

IV.4 Rischi e opportunità nell'adozione delle formule

Il capitolo III ha affrontato le questioni legate ad un utilizzo delle formule algebriche con la finalità di mitigare il rischio di eccessi di potere nella valutazione delle offerte e delle ripercussioni che si possono avere sia in termini di mancato conseguimento di una reale qualità, sia per la migrazione di rischi di eccesso alla precedente fase di redazione del bando. Inoltre più autorevoli commentatori, tra cui anche l'ANAC con le proprie linee guida n. 2, hanno espresso proprie considerazioni sulle formule di attribuzione dei punteggi e su quelli che sono punti di forza e debolezze di ciascun metodo.

Non è pertanto intenzione di chi scrive riassumere tali posizioni, bensì, esporre una serie di microscopiche influenze di forte pragmatismo che i criteri di aggiudicazione possono avere sul processo di valutazione, in particolare:

- Punteggi polverizzati e distribuiti in molti elementi ovvero un numero ridotto di elementi cui sono attribuiti punteggi elevati. Una prima considerazione da fare è sulla possibilità, dibattuta in giurisprudenza¹³⁵, di sollevare la commissione da motivazioni in merito all'operato allorquando «*il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione*»¹³⁶, per cui una frantumazione del punteggio comporta una speditezza nella valutazione. Per converso, invece, elementi con pesi ponderali eccessivi comportano oneri motivazionali (ed il sindacato che ne potrebbe conseguire). C'è però da considerare che una polverizzazione del punteggio in micro punteggi avrebbe la conseguenza di non consentire una focalizzazione degli offerenti sugli elementi da migliorare e conseguentemente, data il peso irrisorio di ogni elemento, potrebbe condurre ad offerte mediamente superficiali. La questione attiene alle logiche dei “*the vital few and the trivial many*”¹³⁷ teorizzati in ambito management aziendale, secondo cui

¹³⁵ A. TESSIER, *Valutazioni tecniche espletate attraverso la mera attribuzione di un punteggio: può dirsi soddisfatto l'onere motivazionale*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 3, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022, p. 107.

¹³⁶ Cons. Stato, sez. V, 11/03/2021, n. 2086.

¹³⁷ J. M. JURAN, *Quality Control Handbook*, McGraw-Hill, New York, 1951.

ad un ristretto numero di elementi corrisponde la maggior rilevanza degli effetti (tale principio è desunto dalla legge paretiana del 80/20 che postula che al 20 % delle condizioni corrispondono il 80% delle conseguenze): seppur in pochi elementi si condensano la maggior parte degli effetti (e dunque devono godere della maggiore attenzione), una quota rilevante di effetti è causata da micro-elementi (che pertanto sono da gestire).

- Formule di attribuzione del punteggio economico con criteri di valutazione che non siano il semplice rapporto tra ribasso dell'offerta *i-esima* e ribasso massimo offerto. Ribadita la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell'adozione dei criteri di aggiudicazione¹³⁸, ciò comporta in riferimento all'elemento economico che sia attribuita alla stessa la possibilità di modellare, in funzione delle proprie esigenze, il modello di attribuzione del punteggio della c.d. "busta c". Infatti sono rinvenibili numerose formule che possono primeggiare ovvero scoraggiare una competizione sul prezzo: il suddetto rapporto tra ribasso *i-esimo* e ribasso massimo se condotto sotto radice¹³⁹, non attribuendo particolare vantaggio al più intraprendente ribasso, nei fatti scoraggerebbe la formulazione di offerte troppo aggressive (alleggerendo dunque la fase di verifica dell'anomalia) e sosterebbe una maggiore competizione sulla qualità¹⁴⁰. Al contrario un esponente maggiore di 1 comporterebbe una più accesa competizione sul prezzo.
- Formule di attribuzione del punteggio "indipendenti" senza comparazione tra le offerte, come illustrato da ANAC¹⁴¹, hanno il pregio di consentire al concorrente, *ex ante*, di calcolare il proprio punteggio e di valutare le proprie convenienze nella formulazione dell'offerta ma richiedono un'elevata conoscenza del mercato da parte della stazione appaltante che indurrebbe il mercato a concentrarsi su

¹³⁸ *Ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 11/01/2019, n. 276; Cons. Stato, sez. V, 10/04/2018, n. 2185; Cons. Stato, sez. V, 10/08/2016, n. 3579.

¹³⁹ Cons. Stato, sez. V, 28/10/2019, n. 7389, affrontano il tema rileva che una «formula– parabolica (od esponenziale)», con l'esponente pari a 5, limita le differenziazioni tra le varie offerte economiche, a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi, non può tuttavia sostenersi che escluda un collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso ed il punteggio attribuito. [...] deve dunque ritenersi che il criterio, in questa sede contestato, è finalizzato a rendere marginale il peso degli elementi economici, o, meglio, il valore ponderale della progressione del ribasso ai fini dell'aggiudicazione (nell'ambito di un criterio di aggiudicazione che riserva comunque il trenta per cento del punteggio all'offerta economica), allo scopo, evidente, di attribuire importanza centrale alle componenti qualitative dell'offerta».

¹⁴⁰ Ma si pensi anche a prestazioni professionali specializzate ovvero a contratti ad alta intensità di manodopera, dove la competizione sul prezzo inciderebbe sfavorevolmente non solo sull'esecuzione del contratto ma anche sulle condizioni di lavoro del personale impiegato.

¹⁴¹ Punto IV delle Linee Guida n. 2 ANAC, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «offerta economicamente più vantaggiosa».

determinati livelli di prezzo (per tali forme di attribuzione è necessario fissare un valore di riferimento). Sul punto si vuole particolarmente porre l'attenzione sulla capacità della stazione appaltante di generare "ancore" ovvero: «*qualunque numero ci chiedano di prendere in considerazione come possibile soluzione a un problema di stima, indurrà in noi un effetto di ancoraggio*»¹⁴² per cui, se da un lato occorrerà una forte istruttoria nell'individuare il valore fisso, dall'altro si indurrebbe il mercato ad accodarsi alla valutazione della S.A. Inoltre tale genere di formule, basandosi su stime e valutazioni della S.A. potrebbe escludere proposte innovative e singolari (dunque che non hanno inciso nella determinazione del dato storico) oppure non cogliere evoluzioni del mercato di riferimento.

- Indicare una soglia minima di sbarramento ovvero un tetto massimo d'offerta, ha, ancor più direttamente, gli effetti di quanto detto in precedenza per le formule indipendenti¹⁴³. Inoltre, nell'ipotesi estrema di un'offerta competitiva su ogni elemento tranne che per deficienze in uno, si procederebbe con l'esclusione di una proposta comunque competitiva. Infine si osservi che ancor più la commissione risulterebbe gravata di incertezza nel caso di proposte non pienamente rispondenti alle esigenze: un singolo elemento di valutazione comporterebbe l'ammissibilità o meno della proposta.
- Fissazione, per la più volte ribadita esigenza di chiarezza, di elementi di dettaglio nel procedimento da attuare per l'attribuzione del punteggio, ed in particolare ci si riferisce: i) al numero di decimali presi in considerazione; ii) alle modalità di approssimazione dei punteggi (troncamento, approssimazione 5-9, etc.); iii) ai livelli di calcolo per i quali si approssima (il solo risultato finale, per ogni livello di riparametrazione, etc.); iv) indicazioni per punti particolari delle curve (quale il caso dello 0/0 etc.).

¹⁴² D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, p. 160.

¹⁴³ M. COZZIO, *Possibile stabilire soglie minime di sbarramento per la valutazione delle offerte anche nelle procedure aperte*, Rivista Trimestrale degli Appalti, fascicolo n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2018, p. 1258, ha modo di sostenere, nell'introdurre un commento alla sentenza Corte giust. UE, sez. V, 20/09/2018, C 546/16, che: «*la giurisprudenza nazionale ha precisato, inoltre, che tali clausole di sbarramento sono legittime fin tanto che adeguate e ragionevoli, per contro risultano censurabili se sproporzionate*».

IV.5 Rischi e opportunità trasversali

Vi sono dipoi una serie di ambiti di valutazione rischio opportunità che non trovano una precisa collocazione in quanto fino adesso percorso ma che hanno un notevole impatto sulla capacità del procedimento di soddisfare le aspettative degli *stakeholder*. Ci si riferisce a:

- Rischio che un elemento di valutazione costituisca una barriera all'ingresso della procedura e che dissimuli un requisito di partecipazione. Tale questione, parzialmente connessa alla commistione tra requisiti soggettivi e criteri premiali dell'offerta tecnica (di cui si è parlato nel capitolo III), è ora da affrontarsi sotto il profilo oggettivo dell'offerta: taluni elementi di valutazione potrebbero, nell'avvantaggiare alcune soluzioni tecniche, creare una discriminazione tra gli operatori economici (si pensi a una nuova tecnologia disponibile solo a pochi operatori economici o anche a criteri premiali per politiche di integrazione sociale poste in essere solo da pochi operatori del settore). Allo stesso modo, dato l'interesse della stazione appaltante a rintracciare la migliore offerta tecnica, non inserire elementi di tale tenore tradirebbe il fine primo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: la qualità.
- Elementi di valutazione che riproducono condizioni diffuse sul mercato: in tal caso, non essendoci un valido strumento di comparazione, essendo parità tra le offerte presentate, i giudizi si appiattiscono (a favore dell'elemento economico). Allo stesso modo tuttavia, in presenza di numerosi elementi di valutazione ed un punteggio frazionato, elementi che premiano condizioni *standard* consentono di individuare quale, tra le offerte capaci di rispondere al singolo elemento, sia l'offerta capace di rispondere a quanti più elementi.
- Correlazione tra elementi di valutazione. La presenza di un nesso sistemico tra due o più elementi induce ad aumentare del rischio per la commissione di incappare in valutazioni contraddittorie o incoerenti. Inoltre, laddove gli elementi fossero assonanti, saremo in presenza di una sorta di *bis in idem*, mentre al contrario, laddove fossero elementi confliggenti, questi andrebbero ad annullarsi. Allo stesso modo tuttavia la correlazione tra elementi ha l'effetto di raccogliere molteplici prove di attendibilità della proposta essendo l'offerente ad esprimere un'offerta connotata di congruità intrinseca.

- Rendere le offerte presentate in fase aggiudicazione produttive di effetti in fase esecuzione. Le offerte presentate dai concorrenti sono atti negoziali di diritto privato¹⁴⁴ ed in quanto tali integrano il contratto. In fase esecuzione, la mancata attuazione di quanto offerto, comporta sia dubbi sulla legittimità dell'aggiudicazione (ottenuta proprio sulla base delle migliorie proposte) sia sulla determinazione dell'indennizzo. Ma c'è anche da considerare che, anche dati i tempi intercorrenti tra la presentazione dell'offerta e l'esecuzione della stessa, possano insorgere modifiche delle condizioni tali da non rendere più attuale l'offerta presentata. In tal solco si deve dipoi osservare che una valutazione economica delle migliorie proposte, seppur non rileva ai fini dell'aggiudicazione della procedura, potrebbe generare in fase esecuzione notevoli criticità; allo stesso modo, una formulazione economica già in sede di offerta (sul punto si tenga presente quanto detto nel capitolo III sul divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica) imporrebbe all'offerente una ulteriore occasione per verificare la sostenibilità della propria proposta, nonché formerebbe per la stazione appaltante un ulteriore strumento di verifica (sia in fase aggiudicazione ed in particolare per il sub-procedimento di verifica delle anomalie che in fase esecuzione).

Infine si vuole accennare alla capacità di ciascuna delle aree di rischio/opportunità individuate, nel presente capitolo e nel capitolo III, di interagire (interazioni sinergiche dei rischi) con altre aree di rischio/opportunità e produrre più di una semplice somma dei singoli eventi dannosi/vantaggiosi: l'analisi da effettuarsi è dunque sia per ogni area di rischio ma è sistemica per intera griglia di valutazione.

¹⁴⁴ A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 543.

CONCLUSIONE

V. La domanda fondamentale sulla vita, l'universo e tutto quanto

V.1 Sul metodo

In *Guida galattica per gli autostoppisti*¹⁴⁵, una razza di alieni iper-intelligente costruisce il *supercomputer* chiamato “*pensiero profondo*” per sottoporgli la «*domanda fondamentale sulla vita, sull'universo e tutto quanto*». Occorreranno poi sette milioni e mezzo di anni perché *Pensiero profondo* possa giungere a una risposta, ma questa lascerà sbigottiti gli appellanti:

«“*Quarantadue!*” urlò *Loonquawl*. “*Questo è tutto ciò che sai dire dopo un lavoro di sette milioni e mezzo di anni?*”

“*Ho controllato molto approfonditamente,*” disse il computer, “*e questa è sicuramente la risposta. Ad essere sinceri, penso che il problema sia che voi non abbiate mai saputo veramente qual è la domanda*”».

Servirà allora ai *Loonquawl* un secondo *supercomputer*, ancora più grande, per scoprire qual è la domanda...

Per le conclusioni, si prenderanno in considerazione le domande¹⁴⁶ di cui i capitoli precedenti per poter procedere nella redazione di una griglia di valutazione che esamini punti di forza e debolezza al fine di gestire i rischi e coglierne le opportunità. Tuttavia la trattazione non potrà essere dettagliata poiché, come ricordato nel capitolo II: l'analisi degli *stakeholder*, mutando il perimetro per ogni procedura di scelta del

¹⁴⁵ D. N. ADAMS, *The hitchhiker's guide to the galaxy*, Mondadori, Milano, 2016.

¹⁴⁶ Sono sul punto da indicare una serie di manuali operativi redatti da vari Enti autorevoli che si indirizzano su obiettivi analoghi a quelli del presente lavoro. In particolare ci si riferisce a ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITÀ AMBIENTALE (ITACA), 24/01/2013, *Guida operativa per l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione*, di cui si apprezzano in questa sede soprattutto: i) le domande in essa formulate e tese ad indurre il lettore ad una valutazione su vari temi; ii) l'adozione del metodo vantaggi/svantaggi; iii) l'individuazione di una serie di elementi di valutazione esemplificativi. Del pari, più recentemente, nel solco del lavoro di ITACA, la REGIONE TOSCANA, 03/09/2020, *Guida operativa per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione*, e la REGIONE MARCHE, 21/12/2020, *Guida operativa per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione*, che hanno il pregio di rendere proporre delle schede per l'individuazione degli elementi che, disegnando un'architettura tipo, consentono una pratica redazione della griglia di valutazione. Infine, ASSOCIAZIONE NAZIONALE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE EDILI MANIFATTURIERE (ANIEM), 22/02/2012, *Linee guida sull'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, che tuttavia hanno un carattere meramente ricognitivo delle tematiche da affrontare nell'adozione di un sistema di valutazione.

contraente, è specifica per ciascuna commessa e necessita di volta in volta di una analisi *SWOT* specifica. Gli argomenti che saranno presi in considerazione per la stesura della griglia, riportati nei capitoli III e IV, seppur trasversali ad ogni procedura, possono portare a valutazioni differenti a seconda della raccolta delle esigenze eseguita e, inoltre, non sono una trattazione esaustiva di ogni criticità rilevabile: per questo necessitano di integrazioni specifiche aderenti al singolo procedimento.

Ma ancora più importante è prendere atto che i “vincoli”¹⁴⁷ del sistema, interessi e *stakeholder* mutano nel tempo¹⁴⁸ e che dunque, per la gestione del processo, è doveroso ispirarsi al metodo fondato sulle logiche *PDCA* del ciclo di *Daming*, per cui è necessario: i) pianificare un’azione (sulla base di presupposti censiti e valutati); ii) avviare il primo processo; iii) controllare, misurare i risultati ed esaminarli¹⁴⁹; iv) attuare azioni correttive per migliorare il nuovo ciclo sulla base dei ritorni esperienziali. Per poter procedere alla risposta servirà, dunque, un *computer* più grande ed un’elaborazione ancora più lunga: il ciclo di Deming è il ciclo del miglioramento continuo e senza fine.

In estrema sintesi, il capitolo II affronta come temi il censimento dei soggetti interessati e offre indicazioni per ricercare e vagliare i fabbisogni sottesi

¹⁴⁷ Il punto 2.5.2 della *PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana), Newtown Square, Project Management Institute, 2021, affronta l’argomento rappresentando che: «tali vincoli possono assumere la forma di date di rilascio fisse, conformità a codici normativi, un budget predeterminato, politiche di qualità, considerazioni dell’approccio triple bottom line, e così via».

¹⁴⁸ Sempre al punto 2.5.2 della *PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana), Newtown Square, Project Management Institute, 2021 illustra che: «I vincoli possono mutare o cambiare nel corso del progetto. [...] il bilanciamento di questi vincoli mutevoli è un’attività di progetto continua, insieme al mantenimento della soddisfazione degli stakeholder. [...] In ogni caso, questa attività di bilanciamento è continuativa nel corso del progetto». Il bilanciamento del c.d. triplo vincolo è continuo nel tempo ed in itinere nel progetto.

¹⁴⁹ La misurazione del processo meriterebbe da sola uno studio completo: la misurazione dei risultati garantisce di fissare lo *zenith* indicatore dei futuri miglioramenti. Tuttavia per esigenze di trattazione si è preferito accennare al tema nel capitolo II riferendosi al punto 2.6.2.1 della *PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana), Newtown Square, Project Management Institute, 2021, fissa una serie di caratteristiche che i requisiti di progetto – condizioni del risultato – devono soddisfare: «requisiti ben documentati soddisfano i seguenti criteri: i) Chiari. Vi è un solo modo per interpretare il requisito. ii) Concisi. Il requisito è espresso nel minor numero possibile di parole. iii) Verificabili. Esiste un modo per verificare che il requisito sia soddisfatto. iv) Coerenti. Non vi sono requisiti contraddittori. v) Completi. La serie di requisiti rappresenta le esigenze attuali del prodotto o progetto nella loro interezza. vi) Tracciabili. Ciascun requisito può essere riconosciuto mediante un identificativo univoco». In fase di pianificazione, è doveroso individuare anche il sistema di misurazione per poter al meglio soppesare la riuscita del procedimento. Ma anche è necessario individuare la metodologia da introdurre per la registrazione degli eventi così da poter valutare nel tempo l’andamento dei processi.

all'affidamento, i capitoli III e IV delineano i *vincoli*¹⁵⁰, tentando una sommaria rappresentazione di rischi ed opportunità legati a questi, che la S.A. deve prendere in considerazione nell'adozione della griglia.

Orbene, all'esito dell'elencazione di questi profili, si spera prima che possano essere trascorsi sette milioni e mezzo di anni, si giungerà a una risposta (finanche più misera di 42): una possibile architettura di un sistema di valutazione delle offerte accompagnata da una illustrazione esemplificativa.

V.2 L'architettura del sistema di valutazione

Le trattazioni sinora svolte hanno per lo più sollevato argomenti, che da parte di più *stakeholder*, sono ritenuti di interesse all'interno del procedimento di valutazione delle offerte. Tuttavia c'è da precisare che il quadro di riferimento è mutevole sia in ragione dei soggetti cui si riferisce, sia in considerazione del *πάντα ῥεῖ* postulato da Eraclito. Inoltre le elencazioni rappresentate non sono certamente esaustive rilevandosi nel settore innumerevoli argomenti degli di analisi. Infine, più volte si è detto che la griglia di valutazione è uno strumento e non può prescindere dalle specifiche esigenze che essa è chiamata a soddisfare.

Le presenti conclusioni sono dunque tese, più che ad affrontare esemplificativamente l'architettura di massima di un sistema di valutazione, a delineare un metodo per la stesura della stessa. La trattazione è incentrata su un elenco di domande così che si possano cogliere i temi da sondare ed analizzare; la conseguente proposta è da prendere in considerazione come un esempio di quali potrebbero essere gli strumenti per ridurre le criticità e favorire le opportunità sulla scia delle riflessioni svolte in introduzione. La vera risposta¹⁵¹ è nella capacità di vagliare molteplici

¹⁵⁰ A rigore, il capitolo III, affronta quelli che la UNI EN ISO 9000:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Fondamenti e vocabolario*, definisce "requisito legislativo" e "requisito regolamentare", insieme ben meno estesi dei vincoli di sistema, mentre il IV riporta una serie di considerazioni pragmatiche. Solo parzialmente, nel corso del lavoro, sono affrontati i vincoli economici e vincoli di tempo: i primi nel seguito allorché sono presentate alcune considerazioni sulle formule di attribuzione dei punteggi, i secondi assumono la forma fissa, dati i termini delle gare per lo più scanditi da legge.

¹⁵¹ Il punto 2.8.1 della *Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana) è alla base di quanto nel seguito illustrato. Esso non conforta il lettore su un esito certamente positivo del proprio progetto, bensì, nel metterlo in guardia dal soppesare attentamente opportunità e minacce, rappresenta quattro pilastri del governo dell'incertezza, così formulando: «l'incertezza è intrinseca in tutti i progetti. Per questo motivo non è possibile prevedere con precisione gli effetti di un'attività e possono verificarsi esiti diversi. I potenziali esiti a beneficio degli obiettivi di progetto sono noti come opportunità; i potenziali esiti che hanno un effetto negativo sugli obiettivi sono definiti minacce. Complessivamente, un insieme di opportunità e minacce costituisce l'insieme dei rischi di progetto. Vi sono varie opzioni per rispondere all'incertezza: → Raccogliere informazioni. [...] → Prepararsi per molteplici esiti. [...] → Progettazione basata su serie. [...] → Resilienza integrata».

soluzioni, essere pronti in più situazioni, ma poi registrare i risultati ottenuti, misurare e valutare l'efficacia degli strumenti introdotti e infine prevederne un aggiustamento così da dare nuova linfa al ciclo: ad ogni inizio corrisponderà un maggiore bagaglio d'esperienza che potrà concorrere a raggiungere risultati più performanti. L'errore è da apprezzare come endogeno di ogni procedimento, ma è anche il presupposto del miglioramento successivo: governare il rischio innanzitutto è accettare il fallimento come un possibile scenario¹⁵². Come più volte ripetuto il rischio è l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi: tuttavia, nel panorama qui delineato, un possibile rappresenta l'occasione di trasformare minacce in opportunità.

Passiamo quindi alle annunciate domande.

V.2.1. Cosa valuto?

Nel corso paragrafo II.3 sono stati affrontati i temi della raccolta delle esigenze degli *stakeholder* (volutamente non si parla del solo cliente interno alla S.A. ritenendosi doveroso rivolgersi a una più ampia platea di soggetti interessati rilevanti), di dove ricercarle (elencando documenti che possano ispirarne l'individuazione o metodi per la raccolta di elementi migliorativi) e della valutazione di queste al fine di fornire alla griglia gli elementi da valutare. Si è inoltre avuto modo di osservare che il quadro normativo richiede chiarezza nella formulazione degli elementi di valutazione, pubblicità di ponderazione e dei criteri di aggiudicazione nonché individuazione degli strumenti per la verifica di quanto dichiarato dagli operatori economici; queste esigenze di trasparenza trovano traduzione nelle pratiche del *project management* che chiedono per i requisiti di progetto (definiti come condizione o caratteristica necessaria di un prodotto) formulazioni chiare, concise, verificabili, coerenti, completi e tracciabili. Ebbene le esigenze degli *stakeholder* non sempre sono pienamente rappresentate e talvolta possono presentarsi sotto forma di criticità espressa (si pensi alle osservazioni contenute nei *report* di verifica, alle eventuali penali rintracciabili nei collaudi di appalti precedenti, etc.): un elemento di valutazione coglie tale *vulnus*, richiedendo al mercato di sopperire con le proprie proposte di miglioramento.

¹⁵² Si vuole richiamare quanto sostenuto in introduzione a proposito dello scarso valore dei sindacati a posteriori delle scelte condotte, posizione assunta sulla base di quanto sperimentato da D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, p. 269-273, che affronta il tema dei costi sociali del senno del poi sostenendo che questi pregiudicano sia la valutazione della scelta antecedentemente presa e rivelatasi poi fallimentare, ma, ancor più, limitano le scelte future per eccesso di zelo.

Inoltre la definizione di un ambito oggetto di valutazione chiaro mitiga il rischio di formulazioni di offerte che travalichino il perimetro della miglioria sfociando in varianti non ammesse. Sul punto ci si voglia soffermare sull'esigenza di indicare con scrupolo e precisione dove siano contenute le informazioni sugli elementi minimi richiesti da capitolato e quali di questi siano oggetto di miglioramento.

L'elemento migliorativo, può esser rappresentato da una particolare modifica al contratto (compresi gli elaborati tecnici a corredo di questo) ovvero una modalità di esecuzione, tuttavia potrebbe costituire un'opportunità di successo sovvertire l'approccio e fissare degli indici di soddisfazione del livello prestazionale i c.d. *Key Performance Indicators*. Dall'indicazione in contratto di questi indici di *performance* (chiari, semplici, facili da misurare ed oggettivi), è possibile far discendere delle soglie di misurazione del raggiungimento del successo il cui mancato conseguimento comporterebbe una riduzione dei compensi. Orbene l'elemento di valutazione potrebbe prevedere l'individuazione di una soglia di *performance* maggiore del minimo di gara ovvero strumenti migliorativi per la misurazione della soddisfazione del cliente interno.

Infine gli elementi potrebbero rappresentare gli obiettivi che, sebbene delineati dagli *stakeholder*, a seguito della comparazione degli interessi, non hanno trovato spazio nel progetto posto a base gara.

V.2.2. Cosa ritengo migliorativo?

Nel paragrafo III.2 si è affrontato il tema delle scale di valutazione, riportando che è essenziale fissare il metro di valutazione indicandone il minimo ed il massimo ed inoltre si è visto di come una scala influenzi gli offerenti così come l'individuazione di punti focali orienti le offerte¹⁵³. Fissare l'obiettivo massimo che la S.A. punta a soddisfare (individuazione del *best* così come rappresentato dalle esigenze degli *stakeholder* di cui si è parlato nel paragrafo II.3) è un'opportunità di orientare il mercato – anche a favore di soluzioni che favoriscano elementi non strettamente incidenti sull'esecuzione del contratto come temi ambientali o sociali – nonché di rendere maggiormente agevole l'operato della commissione di valutazione (la

¹⁵³ Ci si riferisce a quanto riportato nel paragrafo IV.4 sull'individuazione di punti specifici nelle formule di attribuzione dei punteggi.

fissazione di scale asettiche come un punteggio da 0 a 10 infatti potrebbe generare insicurezza nel valutatore).

V.2.3. Come valuto?

Prescindendo dalla manifesta esigenza di valutare la più adeguata formula di attribuzione del punteggio, alcuni elementi che possono apparire marginali, invece, possono comportare notevoli incertezze nella valutazione: di ciò sbrigativamente si è detto al paragrafo IV.4. In risposta a quanto riportato, è auspicabile nella definizione del criterio di valutazione, chiarire come si procederà nella stretta operatività algebrica (ci si riferisce a doppia riparametrazione o meno, indicazione di arrotondamenti e decimali presi in considerazione, punti particolari delle curve, etc.). Inoltre potrebbe essere vantaggioso, specie per criteri di valutazione che prevedano formule complesse, lo svolgimento di esempi al fine di garantire maggiore chiarezza sullo svolgimento di tali operazioni.

Posto che all'obiettivo massimo di cui sopra corrisponde il massimo punteggio, individuare una scala di valutazione congeniale (sul punto si veda quanto detto paragrafo III.2) significa graduare i punteggi partendo da tale massimo fino al minimo (anch'esso da stabilire): con l'identificazione chiara di come si svolgerà la "misurazione", innanzitutto si solleva la commissione da incertezze ma del pari, illustrando le molteplici conseguenze (ancor meglio se modulabili) che scaturire da proposte non conformi, si potrà informare gli operatori economici¹⁵⁴. L'esigenza di un minimo ha più funzioni: i) regolare l'attribuzione del punteggio per offerte che non migliorano i minimi di capitolato; ii) disporre, algebricamente, come saranno gestite situazioni puntuali (ad esempio lo 0/0); iii) individuare eventuali soglie di sbarramento.

V.2.4. Come verifico le evidenze a sostegno della proposta?

Concordano il quadro normativo e gli standard di qualità nel ritenere doverosa una verifica delle evidenze a comprova delle proposte presentate. Primo passo per poter esercitare la verifica è richiedere quanto ritenuto necessario per provare l'impegno assunto: nella redazione della griglia è necessario considerare nel dettaglio come si intende vagliare le proposte degli operatori economici. Un'indicazione esemplificativa

¹⁵⁴ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 117: «i sistemi ben congeniati fanno sapere agli utilizzatori quando agiscono correttamente e quando commettono errori».

dei documenti richiesti correlata da un'illustrazione di quelle che sono le informazioni che si chiede di comprovare (così da consentire la presentazione di documenti equipollenti) potrebbe essere una strada utile. Del pari, visto l'uso diffuso di piattaforme telematiche di negoziazione, potrebbe essere vantaggioso fissare dei campi bloccanti così da escludere il rischio di presentazione di offerte incomplete (anche se non esclude la presentazione di *file* vuoti¹⁵⁵). Talvolta gli elementi richiesti potranno riguardare documenti con una forma tipizzata, ma in alcuni casi ci si dovrà limitare a richiedere dichiarazioni dell'offerente: per le dichiarazioni potrebbe essere utile accompagnare la griglia con modelli utili ad uniformare le modalità di assunzione degli impegni (che possono tuttavia avere il risvolto di generare dubbi in sede di valutazione nel caso fossero modificati).

Con i documenti a comprova infine è possibile valutare un ulteriore aspetto: l'intrinseca congruità della proposta. Nel paragrafo IV.3 si è detto su quanto una valutazione congiunta da parte di un soggetto consenta una maggiore coscienza del proprio operato, ebbene, all'operatore economico la necessità di predisporre documenti a comprova delle proprie proposte concederebbe un'occasione per valutare la fondatezza delle stesse. Del pari alla commissione si consentirebbe di valutare la congruità intrinseca dell'offerta presentata.

Infine una doverosa considerazione va fatta in considerazione dei tempi tassativi ed il più delle volte stringenti per la presentazione delle offerte: la partecipazione, specie per procedure con sistemi di valutazione selettivi, consente di valutare capacità di reazione e livello di strutturazione dell'offerente. Allo stesso modo è da valutare che, laddove dalla valutazione degli interessi degli *stakeholder* sia emerso il fabbisogno di una selezione esigente, questa, se non opportunamente tradotta in strumenti semplici di presentazione dell'offerta, potrebbe costituire una barriera all'ingresso per gli operatori economici di piccole dimensioni (costituirebbe infatti uno di quei *sludge*¹⁵⁶ di cui si è detto al paragrafo IV.2).

¹⁵⁵ Con l'avvento delle piattaforme telematiche di negoziazione è necessario una re-ingegnerizzazione dell'intera procedura potendosi osservare una serie di rischi discendenti dallo strumento informatico. Si pensi alla presentazione di *file* compromessi, *file* vuoti ovvero la violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica etc.

¹⁵⁶ CASS E R. SUNSTEIN, *Sludge: what stops us from getting things done and what to do about it*, Feltrinelli, Milano, 2021.

V.2.5. Che succede se le proposte non sono conformi?

Il tema desta rilevanti questioni in termini di valutazione ovvero ammissibilità dell'offerta: in una valutazione del rischio di certo comparirebbe tra i rischi che sia per intensità e probabilità possono cagionare maggiori conseguenze alla procedura. Nel corso del paragrafo IV.2 si è passato in rassegna sommariamente le ipotesi di vizio dell'offerta che in massima parte sono ascrivibili a condotte inavvedute degli offerenti che innanzitutto potrebbero essere ridotte con una maggiore chiarezza delle regole di valutazione.

Doveroso è quindi, per ciascun elemento di valutazione, la definizione scrupolosa del perimetro oggetto di miglioria, indicando con chiarezza dove sono rintracciabili minimi contrattuali previsti e gli ambiti oggetto di proposta migliorativa. Precisare se l'elemento si riferisce a una modifica di specifici elaborati tecnici (quali ad esempio un elemento di una particolare voce prezzo del computo metrico estimativo) ovvero di una quantità ovvero trattarsi di una dichiarazione di impegno (in tal caso potrebbe essere utile corredare l'elemento di moduli di dichiarazione precompilati) oppure se la modifica richieda un'integrazione del progetto posto a base gara ed in tal caso porre l'accento su quali parti dell'opera possano essere influenzate dalla miglioria (al contempo avvisando l'operatore economico di prenderle in considerazione per le proprie valutazioni).

Ma occorre focalizzare l'attenzione anche su quelle che possono essere le possibili conseguenze di condotte inappropriate, anche in questo caso meglio operare con soluzioni modulari evitando la draconiana pena esclusione. Indicare rimedi possibili per sanare le criticità, quali ad esempio: il soccorso procedimentale (fissandone ambito di applicazione e modalità di espletamento); la previsione di punteggi peggiorativi ovvero pari a zero nel caso di proposte ambigue, mal formulate, non pienamente congruenti con i minimi di capitolato, etc. Del pari per condotte dell'offerente maggiormente riprovevoli perché invece cagionate da comportamenti scorretti (quali le proposte ambigue e ingannevoli ovvero aleatore e generiche ovvero non credibili e insostenibili) potrebbero essere previste dei meccanismi che, pur non comportando l'esclusione, possano compromettere considerevolmente l'assegnazione della commessa (quale ad esempio l'attribuzione di un punteggio pari a zero).

La chiarezza, cui ci si è riferiti più volte, è indispensabile a maggior ragione in riferimento alla questione in argomento, ma è bene ricordare che chiarezza non è

esclusivamente redarguire per un comportamento non pienamente consono: come affermato in *The Nudge* «informare le persone che una certa attività è pericolosa (accumulare grossi debiti con le carte di credito, eccedere con l'alcol, fare sesso non protetto) è come avvertirle che spesso capita di dormire troppo la mattina: non serve a molto»¹⁵⁷ nel proseguo poi incalzando «nel progettare sistemi di allarme, bisogna evitare di dare un numero tale di avvertimenti che l'utente finisce per ignorarlo. [...] Gli avvisi diventano così del tutto inutili»¹⁵⁸. Del pari in una procedura di scelta del contraente non particolari effetti ribadire a caratteri cubitali “a pena esclusione”.

Più vantaggioso appare potersi servire degli studi condotti da Gollwitzer che ha avuto modo di osservare che le persone sono più inclini a raggiungere i propri obiettivi se esprimono delle “intenzioni di implementazione”¹⁵⁹. Dunque potrebbe essere una possibilità, accompagnare l'elemento di valutazione con la realizzazione di elaborati specifici di approfondimento (ad esempio per l'offerta tempo la predisposizione di un GANTT) oppure, sulla scorta delle li delle domande tipo che possano indurre l'offerente a maggiori approfondimenti sulle miglorie proposte.

V.2.6. Che succede se non si tiene fede agli impegni assunti?

«L'amministrazione dei contratti dovrebbe: A) comportare la gestione dei rapporti di approvvigionamento, il monitoraggio dell'adempimento dei contratti, la gestione delle modifiche e delle correzioni dei contratti, la gestione dei contenziosi e delle risoluzioni dei contratti. B) consentire che le prestazioni delle parti contraenti soddisfino i requisiti del progetto secondo i termini dell'accordo legale. C) includere la raccolta di dati sulle prestazioni dei fornitori e la conservazione di registrazioni dettagliate. D) essere eseguita, secondo necessita, durante l'intero progetto»¹⁶⁰.

Si è detto nel paragrafo IV.5 quali possano essere le conseguenze legate a una mancato assolvimento degli impegni assunti in fase di offerta: il sistema di valutazione, nel richiedere una migloria, dovrebbe indicare quali sono gli strumenti

¹⁵⁷ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 153.

¹⁵⁸ Ivi p. 117-118.

¹⁵⁹ P. M. GOLLWITZER, *Implementation intentions: strong effects of simple plans*. *American Psychologist*, 54(7), 1999, p. 493–503, con uno studio sugli elettori ha avuto modo di sperimentare che con maggiori probabilità questi si sarebbero recati alle urne se alla domanda «ha intenzione di andare a votare?», fossero seguite domande di programmazione come ad esempio: «quali a che ora lo farà?» o «quale strada ha intenzione di fare?»

¹⁶⁰ Punto 7.17.4 della UNI EN ISO 21502:2021, *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio – Guida alla gestione dei progetti*.

individuati dalla stazione appaltante per la verifica degli impegni presi e quali sono le conseguenze che potrebbero scaturire dall'inadempimento.

Più volte si è ribadita l'esigenza di fissare strumenti che possano essere modulari e che possano indurre l'operatore economico ad allineare i propri obiettivi agli obiettivi della stazione appaltante: lo strumento della penale deve dunque essere visto come un deterrente ovvero come uno strumento che riporti l'operatore economico nel solco dell'adempimento. È in tale ottica, come in parte sopra già visto, maggiormente indicata l'individuazione dei *Key Performance Indicators* capaci di tradursi nell'immediato in penalizzazioni dell'esecutore ma ben prima che le inefficienze possano prospettare ipotesi patologiche del contratto.

Va da sé che non si possa comunque prescindere dall'individuazione di penali capaci di misurare, anche sotto più profili, la mancata attuazione degli impegni da parte dell'offerente. Su tale punto è bene anche ricordare che possono essere fissati degli strumenti incrementali quali ad esempio dei coefficienti incrementali delle penali da attivare dopo un numero di inadempimenti avvenuti in un dato periodo. Ma è anche opportuno prevedere meccanismi di recupero della penale tali da stimolare l'operatore a migliorare i propri *standard* di esecuzione: è interesse di entrambe le parti concludere il contratto con soddisfazione reciproca, un meccanismo di recupero della penale può certamente giovare a tale finalità. Non di meno è tuttavia da escludere di paventare il ricorso alla risoluzione per grave inadempimento nel caso in cui molteplici impegni non trovassero adempimento in sede di esecuzione.

Infine è da osservare come, al di fuori di ipotesi patologiche, vi siano una serie di variazioni che potrebbero essere necessarie per il mutato quadro delle condizioni nel tempo: un sistema che preveda anche ipotesi di modifica, avendo già reso «*le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state [...] in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali*»¹⁶¹ consentirebbe una gestione più confortevole di tali variazioni. Allo stesso modo, la richiesta all'offerente di fornire in sede di gara (si badi bene in busta economica) la valutazione economica delle migliorie presentate, consentirebbe una più sollecita definizione del valore monetario dell'impegno assunto.

¹⁶¹ Così la lett. a del comma 1 dell'art. 120 D.lgs. 36/2023.

V.3 Conclusione o un nuovo ciclo?

La ricerca della domanda fondamentale sulla vita, l'universo e tutto il resto è osteggiata da una razza di alieni super burocrati che hanno il solo obiettivo di insabbiarla: la macchinosa cura per le disposizioni di dettaglio talvolta ha la riprovevole conseguenza di distrarre dall'obiettivo.

L'emersione delle domande, l'accettazione del fallimento come occasione di rilancio è la cura che in più parti emerge dalle logiche del ciclo PDCM su cui si basa la metodologia *PM*.

La naturale conclusione è dunque il trampolino per un nuovo migliore ciclo.

V.4 Un esempio di sistema di valutazione delle offerte

[Collegamento ipertestuale](#)

BIBLIOGRAFIA

- D. N. ADAMS, *The hitchhiker's guide to the galaxy*, Mondadori, Milano, 2016.
- B. ARMELI, *Gare di progettazione: se il "progetto analogo" non risponde ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica non può essere disposta l'esclusione*, *Appalti & Contratti*, n. 6, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022
- S. BATTISTON, *Il difficile equilibrio tra offerta tecnica ed economica: quando gli aspetti economici non influenzano le valutazioni tecniche in sede di gara e non violano il divieto di commistione*, *Appalti & Contratti*, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021
- P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1995, n. 1-3
- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26/10/2013
- C. CATALDI e L. GOLISANO, *Il soccorso, istruttorio e procedimentale, a fronte di irregolarità nelle offerte*, *Rivista Trimestrale degli Appalti Fascicolo n. 3*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021
- P. COSTANZO, *Public procurement: limiti di ammissibilità dei criteri di valutazione c.d. on/off*, *Appalti & Contratti*, n. 9, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020
- M. COZZIO, *Possibile stabilire soglie minime di sbarramento per la valutazione delle offerte anche nelle procedure aperte*, *Rivista Trimestrale degli Appalti*, fascicolo n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2018
- A. CUSMAI, *La distinzione fra varianti progettuali e proposte migliorative*, 2021, *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021
- S. DANZIGER e L. AVNAIM-PESSO, *Extraneous factors in judicial decisions*, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, n. 18, 2011
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939
- M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1965
- P. M. GOLLWITZER, *Implementation intentions: strong effects of simple plans*. *American Psychologist*, 54(7), 1999
- R. J. GRAHAM, *Project management: cultura e tecniche per la gestione efficace*, Milano, Guerini, 1990

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, *Guida al Project Management Body of Knowledge - PMBOK® Guide* (VII ed. italiana), Newtown Square, Project Management Institute, 2021

J. M. JURAN, *Quality Control Handbook*, McGraw-Hill, New York, 1951

D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012

F. LALOUX, *Reinventare le organizzazioni - Come creare organizzazioni ispirate al prossimo stadio*, Milano, Guerrini Next, 2014

R. P. LARRICK e J. B. SOLL, *The MPG illusion*, Science, 2008

M. C. LAVAZZA, *Mappare gli stakeholder in pratica*, Appunti di human centered design, 2022 (<https://www.mclavazza.it/mappare-gli-stakeholder-in-pratica>)

M. LUCCA, *L'esperto in Commissione di gara: l'esperienza è molto più importante della teoria*, Appalti & Contratti, n. 1-2, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021

P. MACLEAMY, *The future of the building industry - the effort curve*, Presentation HOK Network, (https://www.youtube.com/watch?v=oHHY7CxI2_Y)

M. MANCINI, *La dialettica decisionale tra giudizi espressi dai singoli componenti e giudizio finale Commissione giudicatrice: istruzioni per l'uso*, Appalti & Contratti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2015

A. MASSARI, *Commissioni...che passione!*, Appalti & Contratti, n. 11, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017

A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in Enc. dir. XIII, Giuffrè, Milano, 1964

A. RIZZATO, *Sulle competenze tecniche della commissione di gara*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 1, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2018

R. SEMLER, *Maverick: lo straordinario successo di un'azienda che ha stravolto tutte le regole di gestione*, Milano, Bompiani, 1995

D. SENZANI, *Discrezionalità della Pubblica Amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, Rivista trimestrale degli appalti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2013

C. SIRONI, *Sulla nomina dei membri della Commissione di gara e sulla incompatibilità degli stessi, nonché sulla pubblicazione degli atti di nomina*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 2, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2019

M. SULLIVAN III, *Fondamenti di statistica*, Pearson, Milano, 2015

C. R. SUNSTEIN, *Sludge: what stops us from getting things done and what to do about it*, Feltrinelli, Milano, 2021

R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *The Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità.* L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022

J. R. TAYLOR, *Introduzione all'analisi degli errori*, Zanichelli, Bologna, 1999

A. TESSIER, *Valutazioni tecniche espletate attraverso la mera attribuzione di un punteggio: può dirsi soddisfatto l'onere motivazionale*, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, n. 3, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022

E. ZIMEI, *Migliorie e varianti nella fase di selezione*, 2019, Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 4, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2019

S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza - Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019

FILMOGRAFIA

Sully, 2016, C. J. EASTWOOD

FONTI

UNI EN ISO 9000:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Fondamenti e vocabolario*

UNI EN ISO 9001:2015, *Sistemi di gestione per la qualità - Requisiti*

UNI/ISO 21500:2013, *Indice in lingua italiana della norma tecnica UNI/ISO "Guida alla gestione dei progetti (project management)"*

UNI EN ISO 21502:2021, *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio – Guida alla gestione dei progetti*

UNI ISO 31000:2018, *Gestione del rischio - Linee guida*

UNI ISO 45001 del 2018, *Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro – Requisiti e guida per l'uso*

DIRETTIVA DEL CONSIGLIO 22 marzo 1988, n. 88/295/CEE, *che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE*

DIRETTIVA DEL CONSIGLIO 18 luglio 1989, *che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (89/440/CEE)*

DIRETTIVA DEL CONSIGLIO 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*

DIRETTIVA CONSIGLIO 25 febbraio 1992, n. 92/13/CEE, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*

DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE, *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*

L. 11 febbraio 1994, n. 109, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici*

L. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*

D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*

D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*

d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».*

CONSIGLIO DI STATO, 07/12/2022, *Schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*

CONSIGLIO DI STATO, 07/12/2022, *Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*

Delibera AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE 02 maggio 2018, n. 424, *Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016. Aggiornate al D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018*

ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITÀ AMBIENTALE (ITACA), 24/01/2013, *Guida operativa per l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione*

REGIONE TOSCANA, 03/09/2020, *Guida operativa per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione*

REGIONE MARCHE, 21/12/2020, *Guida operativa per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione*

ASSOCIAZIONE NAZIONALE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE EDILI MANIFATTURIERE (ANIEM), 22/02/2012, *Linee guida sull'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa*

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA UFFICIO, novembre 2019, *Linee guida sulla valutazione partecipativa nelle amministrazioni pubbliche*