

30 Apr 2019

Speciale Sblocca-cantieri/3. Offerta più vantaggiosa, al prezzo mai più del 50% dei punti

Jacopo Recla e Elisa Carloni

Il Decreto-Legge Sblocca-cantieri interviene sul testo dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 rubricato «criteri di aggiudicazione dell'appalto», ed in particolare sulla previsione di cui al comma 10-bis.

Tale comma prevedeva che «La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici» e precisava che «a tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento».

Ebbene, il decreto ha abrogato l'ultimo periodo della norma, vale a dire la definizione del «tetto massimo per il punteggio economico». Di conseguenza, a fronte di tale eliminazione, nelle procedure i cui bandi, avvisi o inviti verranno rispettivamente pubblicati o inviati dopo la data di entrata in vigore del Dl (art. 1, comma 3 del D.L. 32/2019), le stazioni appaltanti non dovranno obbligatoriamente rispettare il limite massimo predeterminato dal legislatore.

Tuttavia, come detto, il Dl ha abrogato solo l'ultima parte del comma 10-bis, mentre rimane in vigore la prima parte ove viene affermato che le stazioni appaltanti devono necessariamente valorizzare la componente qualitativa dell'offerta nelle gare aggiudicate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da cui può essere desunto che il peso della componente qualitativa debba comunque prevalere rispetto a quella economica.

L'applicazione controversa della previgente normativa

Si tratta, come è noto, di un "ritorno al passato" in quanto il comma 10-bis non era presente nella versione originaria del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016), ma è stato introdotto dal cd. Decreto Correttivo (D.Lgs. 56/2017).

La modifica a suo tempo introdotta derivava dalla necessità per il legislatore di arginare le prassi in uso di talune stazioni appaltanti, che limitavano fortemente il peso della componente tecnica a vantaggio di quella economica. La finalità era dunque quella di evitare che l'obbligo di utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo potesse essere eluso stabilendo il peso delle due componenti in modo tale da rendere gli elementi qualitativi sostanzialmente irrilevanti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

La norma era stata subito oggetto di critica dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale aveva fatto rilevare che essa «limita eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche», e in particolare che «l'introduzione di una soglia rigida e bassa non appare appropriata per quella tipologia di appalti caratterizzati da prodotti o servizi considerati sostanzialmente analoghi» (Atto di Segnalazione n. 1422 del 18 agosto 2017).

E malgrado il dato letterale - piuttosto chiaro e inequivoco - anche le posizioni di giurisprudenza e Anac erano state oscillanti. Sussistevano infatti sia tesi aderenti al testo della norma, per cui il superamento del tetto del 30% comporta automaticamente l'illegittimità della lex specialis (Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 227 e Parere di Precontenzioso Anac n. 7 del 9 gennaio 2019), sia tesi intermedie secondo cui anche in caso di superamento spetterebbe al ricorrente dimostrare che «una differente modalità di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica avrebbe comportato il suo collocamento nella prima posizione in graduatoria» (Tar Lazio, Roma, II quater, n. 5554/2018; cfr. anche Tar Toscana, 8 marzo 2018, n. 351), sia infine tesi come quella sostenuta da Consiglio di Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733 secondo cui «il comma 10-bis dell'art. 95 cit. fornisce solamente un'indicazione di massima».

La nuova norma impone comunque di valorizzare gli elementi qualitativi

La modifica introdotta dal Decreto Sblocca-cantieri consentirà ora alle stazioni appaltanti di recuperare margini di discrezionalità nell'individuare il punteggio più opportuno da attribuire alle offerte economiche in relazione allo specifico appalto oggetto di affidamento.

E tale facoltà sarà certamente utile per gli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ove la componente tecnica è di difficile individuazione. In tali casi, infatti, l'abrogazione del tetto massimo consentirà di non dover assegnare i 70 punti sulla base di criteri di valutazione che spesso finivano per essere di difficile enucleazione da parte delle stazioni appaltanti.

Tuttavia, è importante rilevare che la modifica legislativa non coinvolge l'intero comma, ma lascia invariata la previsione di cui al primo periodo del comma 10-bis.

Ciò che viene eliminato è quindi la "presunzione" legislativa secondo cui solo prevedendo un tetto massimo di 30 punti alle offerte economiche, le stazioni appaltanti sarebbero in grado di valorizzare le offerte tecniche.

Rimane invece in vigore la disposizione che impone comunque un obbligo stringente per le stazioni appaltanti di valorizzare la componente qualitativa dell'offerta, stabilendo che è necessario «assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo», che devono essere «valorizzati gli elementi qualitativi delle offerte» e che è indispensabile infine «garantire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici».

Si tratta, come è noto, di disposizioni che cristallizzano un principio fondamentale connesso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tanto che la giurisprudenza lo aveva affermato anche prima dell'inserimento del comma 10-bis ad opera del cd. Decreto Correttivo (D.Lgs. 56/2017), rilevando che anche in assenza di prescrizioni vincolanti dei criteri ponderali per la valutazione dell'offerta, sono preclusi «irragionevoli e non giustificati sacrifici e sottovalutazioni del profilo tecnico-qualitativo dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2018, n. 4945/2018; analogamente Cons. Stato, sez. III, n. 2892/2018 secondo cui «è nella logica che nelle gare da affidare con il sistema economicamente più vantaggioso il peso attribuito all'elemento economico non possa finire per neutralizzare quello assegnato all'offerta tecnica»).

Sia pure in assenza di un'espressa previsione legislativa - e tenendo conto delle critiche relative alla "rigidità" del precedente criterio meramente matematico - dal tenore letterale della previsione rimasta in vigore del comma 10-bis si può ritenere che la natura stessa del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa imponga che il peso della componente economica non può superare il peso degli elementi qualitativi della stessa offerta e dunque non può essere superiore al 50% del punteggio complessivo da assegnare.

L'onere di motivare l'eventuale peso rilevante della componente economica

Ai sensi della prima parte della norma, tuttora vigente, resta dunque stringente per le stazioni appaltanti l'obbligo di evitare che i profili tecnici delle offerte siano resi del tutto irrilevanti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

E se la precedente formulazione consentiva di ritenere ex lege garantito il rispetto della previsione legislativa di cui all'art. 95, comma 10-bis laddove non veniva superato il tetto massimo, in assenza ora di una specifica indicazione legislativa si ritiene che le stazioni appaltanti dovranno adeguatamente motivare l'eventuale attribuzione di un peso rilevante al fattore economico.

E tale onere motivazionale è finalizzato appunto a poter controllare che l'obbligo di utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo non venga eluso operando sulla suddivisione dei punteggi a svantaggio della valorizzazione dei profili tecnici delle offerte.