

Il tetto massimo del 30% per il punteggio economico si applica a tutte le procedure da aggiudicare con il criterio dell'OEPV?

di Jacopo Recla

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628 – Pres. Severini; Est. Fantini – I.V. s.p.a. (*Avv.ti Sorrentino, Falconi e Altamura*) c. Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (*Avv. Gen. Stato*), I.S. s.p.a. (*Avv.ti Fraccastoro, Guzzo e Volino*).

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Offerta – Valutazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Vincolo del 30% per il punteggio economico – Prova di resistenza.

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Offerta – Valutazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Vincolo del 30% per il punteggio economico – Inapplicabilità alle procedure negoziate per ragioni di estrema urgenza.

Al fine di dimostrare l'interesse alla censura relativa alla violazione dell'art. 95, comma 10-bis d.lgs. n. 50/2016 per il superamento del vincolo del 30% del punteggio economico, il ricorrente deve provare che una differente modalità di valutazione dell'offerta tecnica avrebbe comportato l'aggiudicazione in suo favore. (1)

Il vincolo del 30% del punteggio economico previsto dall'art. 95, comma 10-bis d.lgs. 50/2016 non è applicabile alle procedure negoziate motivate da ragioni di estrema urgenza. (2)

DIRITTO

1. Con il primo motivo I.V. s.p.a. censura l'indizione di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 tramite MEPA, come si evince dal modello di dichiarazione sostitutiva allegato alla RDO, da altri atti della procedura ed anche dalla determina a contrarre, che l'ordinamento consente per gli appalti (di servizi) di importo inferiore alla soglia comunitaria (cioè sino ad euro 144.000,00), laddove il valore dell'appalto è di euro 1.984.048,66 al netto dell'IVA, con conseguente nullità od illegittimità degli atti impugnati. Contesta l'appellante l'assunto dell'Amministrazione secondo cui, come emergerebbe dalla "proposta procedurale" del RUP in data 25 gennaio 2018, sono stati esercitati i poteri di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, ed il riferimento all'art. 36 riguarda solo le modalità procedurali del mercato elettronico; ed invero la predetta nota del RUP (poi recepita dal C.d.A. del Parco Archeologico del Colosseo il successivo 26 gennaio) richiama l'art. 63 non già con riferimento alla gara, ma al solo affidamento in proroga e per un periodo limitato (due mesi) del servizio di vigilanza dell'attuale gestore.

Il motivo, pur con qualche elemento di criticità ermeneutica, è infondato.

La “proposta procedurale” del RUP del Parco Archeologico del Colosseo in data 25 gennaio 2018 premette che «la procedura ad evidenza pubblica bandita dalla centrale di committenza Consip s.p.a. ed in corso di aggiudicazione [...] di fatto impedisce all'amministrazione di bandire procedure di gara aperta per l'affidamento dei servizi in questione, procedura richiesta in ragione dell'importo che supera anche la soglia di rilevanza comunitaria», rilevando come conseguentemente ricorrano i presupposti per negoziare con un operatore economico ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), e dell'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016, senza limiti di soglia, nelle more dell'aggiudicazione definitiva della gara CONSIP, «in quanto i termini per l'espletamento delle procedure ordinarie non possono essere rispettati per ragioni non imputabili all'Amministrazione, nonché per contrarre con l'operatore economico che sta al momento espletando il servizio agli stessi patti e condizioni, nel tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente».

La “proposta procedurale” ha dunque effettivamente un doppio oggetto, concernendo l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 sia per la scelta del nuovo operatore provvisorio, sia per affidare il servizio all'attuale gestore nel tempo occorrente per l'espletamento della procedura concorrenziale attraverso il MEPA. Nonostante la non perspicuità di taluni passaggi argomentativi della “proposta procedurale”, appare al Collegio corretto interpretare la predetta nota come riferita al doppio oggetto, e non dunque limitare il richiamo, che risulterebbe peraltro improprio, all'art. 63, comma 2, lett. c), ai soli fini della proroga del contratto con l'attuale gestore del servizio, anche nella considerazione che, altrimenti, sarebbe stata inutile la evocazione dell'art. 106, comma 11, che riguarda proprio la proroga tecnica del contratto, la quale deve essere limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.

La determina a contrarre n. 11 in data 28 febbraio 2018 presenta una formulazione meno articolata, incentrata sul passaggio per cui «vista la proposta procedurale del RUP del 25 gennaio 2018 approvata dal C.d.A. del Parco nella seduta del 26.01.2018, con la quale si propone, nelle more del perfezionamento della procedura avviata da CONSIP s.p.a., di procedere con affidamento diretto ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 del servizio indefettibile di vigilanza per il tempo strettamente necessario alla preparazione e successivo espletamento della procedura concorrenziale attraverso MEPA con la quale selezionare l'operatore economico che dovrà espletare il servizio nelle more dell'aggiudicazione della gara indetta da CONSIP s.p.a., al fine di garantire la massima trasparenza delle scelte e del procedimento», così in prima approssimazione sembrando limitare, atecnicamente, il ricorso alla procedura negoziata ai soli fini della proroga del gestore. Peraltro questa stessa determina prende atto, recepisce la proposta procedurale nella sua integralità, anche se nella parte dispositiva si limita a disporre di «procedere all'individuazione dell'operatore economico mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, da selezionare avvalendosi della piattaforma del MEPA, e di utilizzare quale criterio di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b), del Codice dei contratti pubblici».

Nel delineato contesto appare condivisibile la pronuncia di primo grado secondo cui «in presenza del riferimento negli atti posti a base della procedura di gara all'esercizio del potere attribuito dall'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, non ogget-

to di alcuna contestazione negli atti di gravame, non possa ritenersi fondata la censura proposta solo con riferimento al superamento del valore dei limiti di soglia comunitaria, avendo l'Amministrazione superato tale limite, facendo applicazione di uno specifico potere attribuitole dall'ordinamento».

Il punto fondamentale è che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle Amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2019, n. 2687). Un siffatto obbligo motivazionale risulta adeguatamente assolto nel caso di specie, ove è data chiara spiegazione delle ragioni del ricorso alla procedura negoziata, sussistendo i presupposti di cui al comma 2, lett. c).

Puramente "strumentale" è dunque il rinvio all'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, che vale ad enucleare la procedura da seguire, prevista per i contratti sotto soglia, ed idonea, in quanto tale, a consentire il ricorso al mercato elettronico, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 1, lett. *bbbb*), dello stesso Codice dei contratti pubblici, ma nell'ambito di un inquadramento più generale, che giustifica, in termini di sussistenza di presupposti, il ricorso alla procedura negoziata.

2. Il secondo motivo critica poi la statuizione di carenza di interesse rispetto alla censura di violazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, per avere la stazione appaltante previsto il superamento del tetto massimo per il punteggio economico, oltre il limite del trenta per cento, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo lo stesso punteggio all'offerta tecnica ed a quella economica. Deduce l'appellante l'erroneità della decisione, in quanto una procedura selettiva da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con una ripartizione del punteggio 70 tecnico e 30 economico sarebbe radicalmente diversa, giustificando l'interesse.

Il motivo è infondato.

Va anzitutto rilevato che la sentenza ha posto un argine all'interesse strumentale, mediante il ricorso alla prova di resistenza, evidenziando il difetto di qualsivoglia argomentazione in ordine alla possibilità che una differente modalità di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica avrebbe comportato il suo collocamento nella prima posizione in graduatoria; ciò tanto più considerando che l'appellante e l'aggiudicataria I.S. s.p.a. hanno conseguito lo stesso punteggio per l'offerta tecnica (punti 34,60), mentre l'aggiudicataria ha ottenuto un punteggio più elevato per l'offerta economica (45 punti rispetto ai 43,96 dell'appellante).

Occorre aggiungere che l'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 si limita a disporre che «l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento dei contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

Appare dunque preclusa, e comunque altamente dubbia, sul piano della *ratio legis*, ed in ragione del generico rinvio all'art. 95, la applicabilità della disposizione di cui al comma 10-*bis* alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, caratterizzantesi in termini di urgenza, finalizzata ad assicurare il servizio nelle more dell'espletamento della gara CONSIP.

3. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello, con l'unita domanda risarcitoria (in forma specifica, od, in subordine, per equivalente), va respinto.

La complessità ed i residui margini di opinabilità della controversia integrano le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

Commento

Premessa

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628 qui in commento si pronuncia sulla previsione del secondo periodo dell'art. 95, comma 10-*bis* d.lgs. n. 50/2016, che, dopo aver affermato in termini generali 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”*, precisa successivamente che *“a tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento”*.

Nel corso degli ultimi anni tale norma è stata oggetto di critiche circa la sua applicabilità indiscriminata in tutte le procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma ad oggi è ancora vigente dopo la mancata conversione in legge della disposizione del c.d. “decreto sblocca cantieri” che aveva (temporaneamente) abrogato proprio l'ultimo periodo del comma.

Anche la pronuncia in esame si inserisce nell'orientamento che cerca di limitare la portata applicativa di tale norma in via “giurisprudenziale” ed afferma in particolare che il predetto limite del 30% per il punteggio economico non è vincolante nelle procedure negoziate ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50/2016, vale a dire le procedure negoziate motivate da “ragioni di estrema urgenza”.

Gli interventi legislativi relativi all'art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016

Come è noto, il comma 10-*bis* dell'art. 95 non era presente nella versione originaria del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), ove non vi era nessuna specifica disposizione in ordine al rapporto tra componente tecnica e componente economica nel caso di appalti da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, era stata rapidamente rilevata dal legislatore la necessità di arginare la prassi in uso di talune stazioni appaltanti, che limitavano fortemente il peso della componente tecnica a vantaggio di quella economica, attribuendo alla prima anche solo 10 punti o 20 punti sul totale di 100 punti.

E dunque con il c.d. decreto correttivo (d.lgs. n. 56/2017) è stato introdotto proprio il comma 10-*bis* dell'art. 95, il quale contiene due previsioni, la prima di "principi" ("*la stazione appaltante, (...) valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*") e la seconda volta a stabilire le modalità di applicazione di tali principi ("*a tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento*").

La finalità era dunque quella di evitare l'elusione dell'obbligo di utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, stabilendo il peso delle due componenti in modo tale da rendere gli elementi qualitativi effettivamente rilevanti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

Di recente la norma è stata oggetto di un ulteriore intervento normativo in quanto il D.L. n. 32/2019 (c.d. decreto sbloccacantieri) ha abrogato l'ultima frase della norma, vale a dire proprio la definizione del "tetto massimo per il punteggio economico".

Tale abrogazione non è stata tuttavia convertita in legge dalla L. n. 55/2019 e dunque ad oggi il limite massimo del punteggio economico è nuovamente in vigore.

Di conseguenza, solo nei bandi pubblicati e negli avvisi inviati tra il 19 aprile 2019 e il 18 giugno 2019 le stazioni appaltanti hanno potuto stabilire "liberamente" (*rectius*, in modo meno vincolato) il tetto massimo dell'offerta economica, senza dover obbligatoriamente rispettare il limite massimo predeterminato dal legislatore per la valorizzazione del profilo economico.

Le critiche all'art. 95, comma 10-*bis* d.lgs. 50/2016

Fin dalla sua introduzione, il comma 10-*bis* è stato oggetto di critica, in particolare dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale - con Atto di Segnalazione n. 1422 del 18 agosto 2017 - ha fatto rilevare che il vincolo ivi previsto "*limita eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche*".

Nello specifico, l'Autorità aveva precisato 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*".

In particolare, si segnalava altresì, da un lato, che una limitazione "così rigida" non è contenuta in alcuna previsione normativa nazionale ed euro-unitaria o in orientamenti giurisprudenziali e, dall'altro lato, che anche il Consiglio di Stato, con il parere 30 marzo 2017, n. 782, si era limitato a suggerire l'inserimento nell'art. 95 di una previsione

meno rigorosa (“a tal fine stabilisce il punteggio massimo previsto per l’offerta economica in modo da evitare che tale elemento prevalga sugli altri”).

Successivamente, anche a seguito della temporanea abrogazione del comma 10-*bis* ad opera del c.d. decreto sblocca cantieri era stato comunque notare che – anche in assenza di un tetto vincolante – rimaneva in vigore la disposizione che imponeva un obbligo stringente per le stazioni appaltanti di applicare il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Ed infatti, la prima parte del comma 10-*bis* (sulla quale lo stesso decreto sblocca cantieri non interveniva) prevedeva – e prevede – che è necessario “assicurare l’effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo” e precisava che di conseguenza devono essere “valorizzati gli elementi qualitativi delle offerte” ed è necessario “garantire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici”.

In altri termini, sia i rilievi dell’Autorità sia i commenti alla temporanea abrogazione della norma concordavano nel ritenere che anche in assenza del tetto massimo del 30 per cento l’art. 95 imponeva comunque il principio secondo cui gli elementi qualitativi devono costituire in concreto – e dunque in modo effettivo – un elemento di valutazione dell’offerta (ed infatti ad esempio T.A.R. Campania, sez. V, n. 562/2019 ha rilevato l’illegittimità dell’attribuzione di 80 punti all’offerta economica e 20 punti all’offerta tecnica in una fattispecie anteriore alle modifiche del decreto correttivo, e dunque prima dell’introduzione del tetto del 30%).

L’interpretazione della norma da parte della giurisprudenza e di ANAC

Come anticipato, la sentenza in commento si inserisce nel filone giurisprudenziale che – presumibilmente sulla base di ragionamenti analoghi a quelli sottesi alle critiche dell’AGCM – è sempre stato piuttosto oscillante nel riconoscere valore vincolante in assoluto al vincolo del 30 per cento.

E ciò malgrado il dato letterale della norma (“la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento”) sia piuttosto chiaro ed inequivoco in quanto non vi sono limitazioni né in ordine alla tipologia di prestazione oggetto di gara, né in ordine alla tipologia di gara, né in ordine alla facoltà della stazione appaltante di valutare se attenersi o meno a tale limitazione.

In primo luogo bisogna dare atto di sentenze (e pareri ANAC) che, in modo aderente al testo della norma, hanno stabilito che il superamento del tetto del 30% comporta automaticamente l’illegittimità della *lex specialis*.

In tale filone interpretativo si richiamano, da ultimo, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 29 gennaio 2018, n. 227; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 23 marzo 2019, n. 167 e il parere di precontenzioso ANAC n. 7 del 9 gennaio 2019.

Tali pronunce sono inevitabilmente poco argomentate in quanto si limitano da un lato a dare atto del contenuto della norma e dall'altro lato a rilevare il superamento "matematico" della soglia del 30 per cento, facendone derivare appunto l'illegittimità della normativa di gara.

Sul fronte radicalmente opposto, vi sono invece sentenze come Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733, la quale ha affermato che *"il comma 10-bis dell'art. 95 cit. fornisce solamente un'indicazione di massima"*, in quanto *"la richiamata norma deve essere intesa nel senso che, qualora sia scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non vada attribuito peso preponderante agli elementi quantitativi su quelli qualitativi dell'offerta"*.

Vi sono inoltre filoni giurisprudenziali intermedi, volti in vario modo a "limitare" la portata della disposizione, tra i quali rientra la sentenza del Consiglio di Stato qui in commento.

Un primo orientamento, condiviso dalla pronuncia in esame, subordina l'interesse alla censura del superamento del limite del 30 per cento alla c.d. "prova di resistenza".

In altri termini, i giudici amministrativi chiedono al ricorrente di dimostrare che dal rispetto della norma – e dunque dalla diversa ripartizione dei punteggi e conseguente diversa valutazione delle offerte – sarebbe derivata l'aggiudicazione a suo favore.

In tale solco si richiamano ad esempio T.A.R. Toscana, 8 marzo 2018, n. 351 e T.A.R. Lazio, Roma, II-*quater*, n. 5554/2018, secondo cui appunto *"una differente modalità di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica avrebbe comportato il suo collocamento nella prima posizione in graduatoria"*.

Un'ulteriore limitazione all'ambito di applicazione del comma 10-bis è stata anche riconosciuta dalla sentenza T.A.R. Piemonte, 22 marzo 2018, n. 353, la quale ha ritenuto che tale disposizione non sarebbe vincolante negli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

In particolare, il T.A.R. parte dall'affermazione secondo cui "deve conseguentemente ritenersi norma di portata vincolante in tutti i casi in cui il ricorso al citato criterio di aggiudicazione sia obbligatorio", riconoscendo dunque (correttamente) un ambito di applicazione esteso a tutte le ipotesi nelle quali si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Senonché, il T.A.R. prosegue con un'affermazione piuttosto radicale, vale a dire gli affidamenti *ex art. 36, comma 2, lett. a)* sono tenuti solo al rispetto dei "principi generali dell'art. 30, comma 1" e che tra essi "il criterio di aggiudicazione in esame non pare rientrarvi" e dunque come tali non sono soggetti al tetto massimo del 30%.

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628

La sentenza in commento contribuisce a sua volta a ridurre le ipotesi di applicazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, aggiungendo alla casistica sopra descritta anche quella relativa all'inapplicabilità del vincolo del 30% alle procedure negoziate motivate da ragioni di estrema urgenza.

La fattispecie oggetto di pronuncia è molto peculiare e non è agevole da ricostruire dal testo della sentenza, anche se è chiaro – in sintesi – il T.A.R. prima e il Consiglio di Stato poi si sono pronunciati in relazione ad una procedura indetta ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. 50/2016 il quale, come è noto, prevede il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando "*quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni (...) c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati*".

Le censure di primo grado – riproposte in appello – riguardavano in primo luogo l'insussistenza dei presupposti di urgenza e sono state dichiarate infondate richiamando l'orientamento unanime della giurisprudenza circa la necessità di "*un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2019, n. 2687)*" e rilevando che in concreto tale obbligo motivazionale era stato "*adeguatamente assolto nel caso di specie, ove è data chiara spiegazione delle ragioni del ricorso alla procedura negoziata, sussistendo i presupposti di cui al comma 2, lett. c)*".

In secondo luogo, come detto, la normativa di gara veniva contestata per violazione del predetto art. 95, comma 10-*bis*, in quanto aveva stabilito l'attribuzione di 50 punti all'offerta tecnica e 50 punti all'offerta economica e dunque un punteggio per l'offerta economica superiore al tetto massimo del 30%.

Ebbene, a tale proposito il Consiglio di Stato ha condiviso innanzitutto la sentenza di primo grado secondo la quale viene "*posto un argine all'interesse strumentale, mediante il ricorso alla prova di resistenza*",

evidenziando “*il difetto di qualsivoglia argomentazione in ordine alla possibilità che una differente modalità di valutazione dell’offerta tecnica e dell’offerta economica avrebbe comportato il suo collocamento nella prima posizione in graduatoria*”.

Ancora una volta, viene richiesto di fornire la c.d. “prova di resistenza” e dunque di dimostrare che “*una diversa modalità di valutazione*” delle offerte avrebbe consentito all’appellante di risultare aggiudicatario.

La sentenza non spiega tuttavia quale dimostrazione sia effettivamente richiesta e dunque si può ritenere che venga richiesto all’appellante di provare la spettanza dell’aggiudicazione laddove la *lex specialis* avesse previsto un punteggio massimo del 30% per l’offerta economica, in conformità dunque al più volte citato comma 10-*bis*.

Si rischia tuttavia di chiedere una *probatio diabolica*, in quanto non è possibile sapere sia quale sarebbe stata l’effettiva ripartizione di punteggi stabilita dalla stazione appaltante (ad esempio: nel caso casi di specie, invece di 50 punti, all’offerta tecnica sarebbero stati assegnati 70 punti? O 75 punti? O quanti?), sia come sarebbero stati rimodulati i criteri di attribuzione del punteggio tecnico a fronte dell’aumento del punteggio complessivo assegnabile (i punteggi sarebbero stati assegnati in base ai criteri già esistenti, semplicemente aumentando i punti per ogni criterio? o sarebbe stato creato un ulteriore criterio per attribuire ad esempio i 10 punti in più da allocare?).

Premesso tale rilievo in ordine all’interesse al ricorso, il Consiglio di Stato prosegue nel merito sostenendo che nel caso in esame “*appare dunque preclusa, e comunque altamente dubbia, sul piano della ratio legis, ed in ragione del generico rinvio all’art. 95, la applicabilità della disposizione di cui al comma 10-*bis* alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, caratterizzantesi in termini di urgenza*”.

In altri termini, a detta del Consiglio di Stato il vincolo del 30% all’offerta economica non si applica alle procedure negoziate per ragioni di estrema urgenza, e tale preclusione deriverebbe da un lato dalla “*ratio legis*” e dall’altro lato dal “generico rinvio” all’art. 95 che è contenuto nell’art. 63.

Ebbene, anche sotto questi profili la sentenza appare piuttosto sintetica e criptica.

In primo luogo, non viene infatti esplicitato per quale motivo l’unicità dell’operatore e/o le ragioni di urgenza che consentono di ricorrere alla procedura negoziata (presupponendo che questa sia la *ratio legis*) giustificerebbero la disapplicazione del vincolo del 30% per l’offerta economica.

Al contrario, non sembrano rinvenirsi ragioni per le quali in concreto una procedura di gara che prevede l'assegnazione di 50 punti all'offerta tecnica e 50 punti all'offerta economica dovrebbe essere svolta in tempi più brevi e/o essere più semplice da svolgere rispetto ad una procedura di gara che preveda ad esempio l'assegnazione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 punti a quella economica, come prescritto all'art. 95, comma 10-*bis*.

Al più, le ragioni di urgenza sottese alla procedura negoziata potrebbero essere considerate (*de jure condendo*) al fine di ipotizzare l'utilizzo del criterio del minor prezzo, il quale garantirebbe una maggiore speditezza della procedura non richiedendo né la nomina della Commissione, né la relativa – e dispendiosa, anche in termini di tempo – attività di valutazione di tutte le offerte tecniche.

E, dall'altro lato, ancor più radicalmente l'unicità dell'operatore potrebbe impattare al più sulla necessità stessa di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e/o sull'utilità in senso assoluto di attribuire un punteggio alla (unica) offerta tecnica.

Quanto al secondo rilievo del Consiglio di Stato, è altrettanto complesso ricostruire l'effettiva argomentazione sottesa alla pronuncia, la quale si limita ad affermare che l'art. 63 conterrebbe un rinvio “generico” all'art. 95, presumibilmente riferendosi al comma 6 dell'art. 63 ove viene previsto che “*l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95*”.

Non viene tuttavia precisata la ragione per cui tale rinvio – che dal dato letterale appare più “generale” che non “generico” – dovrebbe comportare l'applicazione parziale dell'art. 95, ed in particolare consentirebbe di non applicare proprio il comma 10-*bis*.

Considerazioni conclusive

In termini generali, la formulazione del secondo periodo del comma 10-*bis* è effettivamente “rigida” nella parte in cui impone in vincolo matematico e in astratto appaiono quindi condivisibili le critiche mosse a suo tempo alla norma dall'AGCM.

In particolare, tale vincolo è critico per gli appalti che, pur dovendo essere aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presentano una componente qualitativa di difficile individuazione. Si pensi al caso limite delle prestazioni standardizzate che devono essere comunque aggiudicate in base al criterio dell'O-EPV in caso di servizi ad alta intensità di manodopera (Adunanza Plenaria n. 8/2019). In tali casi, infatti, l'assenza di un tetto rigido del 30% eviterebbe di dover individuare criteri di valutazione di difficile

enucleazione a fronte della assenza di effettivi elementi qualitativi da valorizzare.

Tuttavia, prima della vigenza del limite del 30% era in effetti usuale confrontarsi con bandi di gara nei quali la componente qualitativa era sostanzialmente vanificata dalla previsione di punteggi massimi di 20 punti o addirittura 10 punti per l'offerta tecnica.

Da questo punto di vista la previsione di un vincolo "matematico" è forse l'unico strumento per porre freno a prassi che comportavano un abuso o quantomeno un aggiramento della finalità sottesa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si potrebbe al più valutare - *de iure condendo* - se ridurre la percentuale di tale vincolo o se prevedere percentuali diverse a fronte delle peculiarità di certe procedure, mentre appare decisamente meno convincente il tentativo giurisprudenziale di limitare i casi di applicazione della norma appare per le ragioni sopra evidenziate, ed in particolare per l'assenza di espressi fondamenti normative a sostegno di tali interpretazioni restrittive.

