

Edilizia e Territorio

Offerta più vantaggiosa/2. La direttiva e il Codice: la difficile abbinata con il progetto esecutivo

17 ottobre 2017 - Paola Conio (*)

Le norme Ue consentono di vietare il massimo ribasso, ma incoraggiano le Pa ad ammettere varianti in gara come elemento di valutazione

(*) partner dello studio legale Leone, Roma

Le Direttive Europee del 2014 hanno, per la prima volta, attribuito agli Stati membri la facoltà di vietare l'utilizzo del prezzo come unico criterio di aggiudicazione o di limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o di appalti (cfr. c.do n. 90 e art. 67 c. 2 Dir. 2014/24/UE).

Contemporaneamente, le nuove Direttive hanno ampliato il novero degli elementi valutabili al fine di determinare la qualità di un'offerta, consentendo alle stazioni appaltanti di prendere in considerazione elementi che entrano nel processo di realizzazione della prestazione o in processi successivi anche ove gli stessi non siano parte diretta del contenuto dell'offerta stessa, nonché elementi in senso lato "sogettivi" quali l'organizzazione, le qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto.

IL CODICE 2016

Il D.Lgs. 50/2016, ha quindi vietato l'aggiudicazione dei contratti pubblici basata sul solo prezzo, salvo che non si versi in una delle ipotesi tassativamente previste dal comma 4 dell'art. 95 (come modificato dal Correttivo), ovvero: a) lavori di importo pari o inferiore a 2 milioni di euro; b) servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) servizi e forniture di importo fino a 40.000 euro o di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di interesse europeo solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Con il decreto correttivo, poi, il ricorso alla valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo come criterio ordinario di aggiudicazione si è arricchita di un ulteriore vincolo, costituito dal divieto di attribuire all'elemento economico un peso superiore a 30 punti.

GLI APPALTI DI SERVIZI

La scelta di costringere le stazioni appaltanti ad utilizzare il più complesso criterio del rapporto qualità prezzo anziché l'automatismo del prezzo più basso era stata fortemente caldeggiata dal settore dei servizi per ragioni condivisibili e la scelta di inserire un tetto all'elemento economico trovava fondamento nella constatazione che molte gare, pur apparendo formalmente aggiudicate sul miglior rapporto qualità/prezzo, attribuivano a quest'ultimo un rilievo tale da risultare determinante. Raramente le gare per l'affidamento di servizi avevano alla base un progetto esecutivo, ma quand'anche lo avessero avuto, sarebbe stato certamente inefficace ed inefficiente precludere agli operatori economici la possibilità di apportarvi modifiche che tenessero conto degli aspetti organizzativi e gestionali propri del concorrente.

Nei servizi, difatti, in particolare laddove si tratti di un "facere" puro, la prestazione è di fatto inscindibile dall'organizzazione dell'operatore economico che la rende. Inoltre, nei servizi ad alto impatto di manodopera, vi era anche il problema di arginare i fenomeni di dumping sociale, attraverso cui alcune imprese riuscivano ad aggiudicarsi le commesse sacrificando i diritti dei lavoratori.

IL DIVERSO CASO DEI LAVORI

La situazione, tuttavia, appare diversa nel caso dei lavori affidati sulla base di un progetto esecutivo per il quale la stazione appaltante non intenda ammettere varianti.

Per le nuove direttive vi è, difatti, una stretta connessione tra la valorizzazione della qualità e dell'innovatività delle offerte presentate per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e possibilità di introdurre varianti, tanto che il c.do n. 48 della Dir. 2014/24/UE afferma che occorra «incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile» proprio per dar modo alle imprese di esprimere la loro capacità tecnico-progettuale.

NIENTE VARIANTI IN GARA

Tuttavia, l'obbligo imposto dal Codice contratti di porre a base delle gare di appalto di lavori unicamente progetti di livello esecutivo e l'oggettiva difficoltà di corretta interpretazione del comma 14 dell'art. 95 in ordine alla modalità di richiesta della variante e relativa presentazione in sede di gara, scoraggiano dall'ammettere tale possibilità. Vi sono poi ulteriori ragioni (quali i tempi di approvazione e realizzazione, i connessi costi, etc.) che fanno sì che le varianti non siano viste favorevolmente.

I CRITERI DI VALUTAZIONE

Conseguentemente, per poter rispettare la previsione di legge, le amministrazioni si vedono costrette a individuare differenti criteri di valutazione qualitativa che, seppure legittimi in quanto rientranti tra le categorie esemplificativamente indicate dall'art. 95, non sono rispondenti ad esigenze effettivamente avvertite dalle stazioni appaltanti e non si riverberano necessariamente sulla qualità progettuale. Spesso si tratta, come già osservato, di criteri pienamente legittimi in quanto sia le direttive europee che la normativa nazionale ammettono espressamente che si possa valorizzare nel punteggio tecnico, ad esempio, l'esperienza maturata dal personale impiegato nell'appalto, gli aspetti organizzativi e di sicurezza (che possono risultare particolarmente rilevanti quando, ad esempio, i lavori si debbano svolgere su infrastrutture che restano aperte alla pubblica fruizione come le strade, le stazioni, gli aeroporti), l'attenzione che l'impresa riserva ad aspetti ambientali o sociali (come il possesso di certificazioni o il trattamento riservato ai dipendenti o la disponibilità a garantire il rispetto di clausole sociali), le condizioni di esecuzione che l'operatore economico è disponibile a garantire o in tempi nei quali ritiene di essere in grado di concludere la prestazione affidata.

Ciononostante, nel caso di lavori affidati su progetto esecutivo, senza possibilità di proporre varianti e senza che si operi in particolari contesti può risultare forzata l'attribuzione a questi elementi di un peso così rilevante.

IL PARERE DELL'AGCM

La questione è stata recentemente risolta anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione del 27 agosto 2017 che critica in particolare la scelta di imporre il tetto dei 30 punti all'elemento economico, comprimendo in modo eccessivo la discrezionalità della stazione appaltante in tutte quelle ipotesi in cui, per caratteristiche della prestazione o per le condizioni stringenti imposte in gara, le offerte dal punto di vista tecnico si presentano omogenee e sarebbe necessario far assumere alla componente economica un peso maggiore. Ancorché la segnalazione sembri fare riferimento più ai servizi e alle forniture che ai lavori, è invece proprio relativamente a questi ultimi che il tema appare più attuale, come dimostra anche il recente intervento del Vice Presidente dell'Ance Edoardo Bianchi sulle pagine di Edilizia e Territorio (si veda sul sito web, cercando «Edoardo Bianchi»).