

STOP AL MASSIMO RIBASSO: COSTO/EFFICACIA O QUALITA'/PREZZO. LA QUESTIONE DELLE VARIANTI

Massimo ribasso

L'articolo 95, comma 4, limita il massimo ribasso (ovvero l'offerta del minor prezzo) solo a tre fattispecie di contratti:

- a) lavori di importo fino a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;
- b) servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo inferiore a 209.000 euro caratterizzati da elevata ripetitività, purché non abbiano "notevole" contenuto tecnologico o carattere innovativo.

Non solo, il comma 5 prescrive la necessità di una adeguata motivazione per poter indire la gara con questo criterio.

Fuori dai predetti casi l'unico criterio ammesso è quello dell'offerta qualità/prezzo (la vecchia offerta economicamente più vantaggiosa). Il legislatore ha enfatizzato la sua scelta imponendo espressamente il criterio qualità/prezzo:

- a) ai contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 2; (rectius: art. 50, comma 1, secondo periodo, il comma 2 non esiste), cioè i servizi nei quali il costo del lavoro (espressione corretta) è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto; questo a prescindere dall'importo;
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

L'anomalia nelle gare al massimo ribasso

L'articolo 97, comma 2, prevede l'individuazione delle offerte anomale nelle gare al massimo ribasso e a tale scopo prevede ben 5 metodi, da scegliere causalmente con sorteggio pubblico.

Contrariamente alle norme previgenti, ne prevede l'applicazione a prescindere dal numero delle offerte e a prescindere dalla procedura seguita.

Quanto al numero, va detto che in presenza di solo 4 o 5 offerte le formule non hanno alcuna efficacia.

Quanto alla procedura, dal momento che il criterio del massimo ribasso in sostanza è limitato a gare che possono essere aggiudicate mediante procedura negoziata senza bando,

quindi con la possibilità di limitare gli invitati a 5, oppure a 10 per i soli lavori da 150.000 a 1.000.000 di euro, si produce un effetto curioso, in combinazione con l'esclusione automatica delle offerte anomale di cui al comma 8 dello stesso articolo 97.

Se le Stazioni appaltanti si limiteranno a invitare il numero minimo di candidati prescritto dalla norma, l'anomalia assumerà rilievo solo per i lavori da 150.000 a 1.000.000, e solo se tutti e 10 gli invitati presenteranno offerta; in caso di rinuncia da parte anche di uno solo, il calcolo dell'anomalia, anche se possibile sarà inutile.

Infatti in assenza di esclusione automatica (ammessa solo in presenza di almeno 10 offerte ammesse) la soglia di anomalia non è di nessuna utilità, dal momento che la verifica in contraddittorio inizierà sempre dall'offerta di maggior ribasso e, se del caso, a seguire in sequenza decrescente.

Paradossalmente potrebbe servire ad escludere la presenza di offerte anomale, cosa che è possibile e, in certa misura probabile, con i metodi di cui alle lettere d) ed e) dell'articolo 97, comma 2, per un gioco di coefficienti correttivi e incrementativi che possono collocare la soglia di anomalia all'esterno del perimetro delle offerte ammesse.

L'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare al massimo ribasso

E' curioso come il comma 8 dell'articolo 97, nell'introdurre l'esclusione automatica in presenza di almeno 10 offerte ammesse, la limita agli appalti di importo inferiore alle soglie di rilievo comunitario. Tale conclusione è almeno stravagante visto che per i lavori il limite è ben più inferiore (1.000.000 contro i 5.225.000) come a far intendere che il criterio del prezzo nei lavori può arrivare fino alla soglia comunitaria. Purtroppo sembra che tale estensione sia involontaria e frutto solo della sciatteria del legislatore.

La formazione dell'offerta

L'offerta del prezzo assume un altro aspetto rilevante.

Avrete notato che all'articolo 3 del codice, alle lettere d) ed e), sono presenti le definizioni di "appalto a corpo" e di "appalto a misura". Dopo di che, nel testo, non si rinviene alcun riferimento a tali tipologie contrattuali.

In via provvisoria si potrà fare riferimento all'articolo 43, commi 6, 7 e 8, del vecchio regolamento, sopravvissuto transitoriamente, ma questo non è sufficiente a incardinare correttamente le relative offerte. Si ritiene pertanto opportuno attingere alla disciplina dell'articolo 82 del codice abrogato e agli articoli 118 e 119 del regolamento, anch'essi abrogati. Non si potrà fare riferimento a queste norme, ormai espulse dall'ordinamento, ma i capitoli e i bandi potranno (o meglio "dovranno") riprodurle pressoché alla lettera al fine di non lasciare senza presidio tale impostazione, compresi i contratti parte a corpo e parte a misura, pena l'assoluta incertezza delle modalità di formazione del prezzo contrattuale e poi della contabilizzazione dei lavori.

Costo/Efficacia

L'articolo 95, comma 2, nel presentare i criteri per l'offerta, introduce l'elemento "prezzo o costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia", con rinvio all'articolo 96.

Ora l'articolo 96 prevede due tipologie di costi: il costo del ciclo di vita (che chiameremo LCC) e il costo delle esternalità ambientali (che chiameremo LCA).

Potrebbe apparire un terzo criterio, intermedio tra quello semplice del massimo ribasso e quello della qualità prezzo.

Si ritiene che non sia così, ma che il criterio del prezzo o del costo/efficacia appartengano alla stessa famiglia dei criteri traducibili in valori mediante formule aritmetiche. Ciò si desume sia dall'articolo 96, comma 2, sia dal considerando 96 della direttiva 2014/24.

Tuttavia questa conclusione appare contraddetta dall'articolo 95, comma 6, lettere c) e d), del Codice, per cui solo il futuro ci potrà dire quale sarà il modello operativo utilizzabile.

In altri termini la stazione appaltante dovrebbe fornire ai concorrenti gli elementi "base" sui quali calcolare LCC e LCA da parte dei concorrenti.

In particolare LCC comprende anche il costo di acquisizione (o il costo di costruzione nei lavori) e quindi la stazione appaltante dovrebbe fornire anche il valore base dello LCC al fine di "misurare" le offerte.

E' tutto da stabilire se poi, nell'ambito dell'aggiudicazione, saranno forniti "pesi" differenziali al prezzo, allo LCC (al netto del prezzo) e allo LCA, se utilizzato, pesi necessariamente proporzionati ai valori posti a base di gara, oppure sarà utilizzato un valore unico ricavato dalla ponderazione dei singoli valori del prezzo, dello LCC e, se del caso, dello LCA.

Resta poi da vedere come calcolare l'anomalia in presenza di un'offerta così complessa.

Per fortuna la questione non dovrebbe essere urgente, in quanto la sua obbligatorietà, stando al predetto considerando, dovrebbe scattare dal momento in cui saranno definite metodologie comuni per la valutazione del LCC e del LCA.

Anche perché allo stato la letteratura tecnica, anche di livello universitario, non è di grande aiuto; le stesse norme UNI sullo LCC (UNI 15868) sono 148 pagine edite solo in inglese e quelle sullo LCA (UNI 14040) sono solo una quarantina di pagine, di cui metà in inglese con testo italiano a fronte.

E' del tutto evidente che i ragionamenti fatti sul "prezzo" (inteso come massimo ribasso, o inteso come costo/efficacia con i suoi corollari LCC e LCA) si riflettono anche sul diverso criterio qualità/prezzo, dal momento che tra i plurimi elementi di valutazione previsti da quest'ultimo criterio, assume quasi sempre valenza l'elemento prezzo (inteso come semplice ribasso o in combinazione con LCC e LCA).

L'offerta qualità/prezzo

La generalizzazione del criterio qualità/prezzo non pare quella grande conquista anche se viene venduta come tale. Malgrado in questi anni sia stata acquisita un'esperienza notevole da parte delle Stazioni appaltanti, certamente non sarà facilissimo individuare criteri qualitativi in presenza di progetti esecutivi a base di gara (altro obbligo).

Enfatizzare aspetti organizzativi, logistici, ambientali, migliorativi o altri aspetti, senza tradire il progetto esecutivo (che si presume cantierabile e già con i contenuti che rispondono alle esigenze della stazione appaltante) non sarà agevole.

E non si vede quale applicazione potrà trovare il comma 14 dell'articolo 95, sulla possibilità di autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Tale possibilità aveva un senso all'articolo 76 del Codice abrogato, ma non si vede quali varianti si

possano autorizzare o addirittura esigere su un progetto esecutivo; peraltro tenendo presente la distinzione fatta in giurisprudenza tra offerte in variante e offerte migliorative.

Né più facile sarà con gli appalti di forniture e servizi, soprattutto dove i capitolati avranno già i contenuti tecnici e prestazionali migliori sul mercato e risponderanno già alle migliori pratiche disponibili. Qualunque elemento di valutazione tecnico-discrezionale difficilmente potrà equilibrare il valore economico del prezzo, senza contare il pericolo dell'appiattimento delle offerte tecniche.

L'appiattimento delle offerte tecniche è già stato incontrato nei servizi intellettuali con particolare riferimento ai servizi tecnici e, in special modo, all'affidamento della direzione lavori e dei collaudi.

Ma lo stesso fenomeno si sta registrando nei servizi sociali e in innumerevoli altri servizi che, guarda caso, sono quelli ad alta intensità di manodopera come l'igiene urbana.

Da ultimo si presenta l'incoerenza intrinseca degli elementi di valutazione "statici", quali le certificazioni e le attestazioni, le qualifiche, il rating di legalità e l'esperienza del personale. Si tratta infatti di requisiti dell'offerente e non di caratteristiche dell'offerta. Anche se è in atto il tentativo di aprire una breccia se non di infrangere il muro tra i due ambiti, si tratta pur sempre di elementi di natura automatica che possono condizionare il giudizio tecnico sugli elementi discrezionali, oltre che di elementi già noti prima dell'offerta o addirittura prima di spedire gli inviti, essendo di pubblico dominio, oltre che accertabili al semplice esame degli importi della cauzione provvisoria.

Né a tale inconveniente è attenuato dall'attribuzione di un "peso" modesto, essendo sempre suscettibile di condizionare l'imparzialità in fase di aggiudicazione.

Queste problematiche, sommate all'affidamento del giudizio a commissioni centralizzate e sorteggiate, non darà grandi soddisfazioni. Incidentalmente non si può fare a meno di notare che l'articolo 77, comma 2, cerca di attenuare gli inconvenienti logistici sul funzionamento delle commissioni, ammettendo che "può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni". In tal modo travolgendo una prassi secolare, ma aprendo alle tentazioni e/o alle pressioni indebite senza la protezione dell'istituzione.

L'anomalia nelle gare col criterio qualità/prezzo

L'articolo 97, comma 3, indica come individuare le offerte anormalmente basse nelle gare col criterio qualità/prezzo. Sono sintomatiche di anomalia le offerte quando sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

La previsione è identica a quella del previgente articolo 86, comma 2; identica e quindi con gli stessi difetti. Essa non discrimina tra elementi a valutazione tecnico-discrezionale ed elementi a valutazione automatica e vincolata, bensì tra l'elemento prezzo e tutti gli altri elementi. Resta dunque l'incongruenza della eventuale presenza di un elemento "tempo" che non ha nulla a che spartire col prezzo ma è altrettanto disomogeneo rispetto agli elementi qualitativi, non trovando quindi collocazione adeguata nel sistema.

Lo stesso si può dire per quegli elementi pseudo-qualitativi attinenti ai "requisiti" e non tanto all'offerta, che potrebbero essere introdotti (anche su indicazioni ANAC) nel criterio qualità/prezzo, già illustrati in precedenza.

Lo stesso si deve dire infine per le offerte complesse, quali quelle per le concessioni, dove entrano in campo elementi particolari come le tariffe, la durata, il tasso di rendimento; in questi casi ci si dovrà rifare alla scarna giurisprudenza che correttamente ritiene che l'anomalia vada valutata complessivamente sul piano economico-finanziario e non con la formula rituale.

Le modifiche al contratto

L'articolo 106 tratta delle modifiche al contratto e non solo delle varianti, in un groviglio di commi, lettere e rinvii, in combinazione con l'articolo 108 sulla risoluzione dei contratti, tra i quali non è facile districarsi. La norma infatti ha perso la struttura lineare dell'abrogato articolo 132 del vecchio codice.

Sgombriamo subito il campo dagli errori ed omissioni progettuali, definiti come in precedenza e con le medesime conseguenze per il progettista. Tuttavia la norma precedente prevedeva la risoluzione obbligatoria del contratto e l'indizione di una nuova gara per varianti causate da errori ed omissioni progettuali eccedenti il 20% dell'importo del contratto originario.

L'articolo 106, comma 2, in combinato con l'articolo 108, comma 1, lettera b), in primo luogo ammette varianti fino al 15% dell'importo iniziale per i lavori (al 10% per servizi e forniture) sempre che il loro valore non superi la soglia di rilievo comunitario. Resta ferma ovviamente la responsabilità del progettista. Se è superata una delle due soglie (percentuale e assoluta) la Stazione appaltante può (ma non deve, come in precedenza) risolvere il contratto. Peraltro per la risoluzione en nella risoluzione è ammessa solo se "sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b)"; tuttavia si ritiene si tratti un'imprecisione e la congiunzione "e" vada letta in forma disgiuntiva, cioè la risoluzione sarà possibile anche se viene superata una sola delle predette soglie.

L'articolo 106, comma 1, lettera e) introduce un'innovazione: sono ammesse le modifiche non sostanziali (e si vedrà come tale condizione sia un grosso limite) fino ad una soglia stabilita dalla Stazione appaltante negli atti di gara; soglia che, se superata, rende possibile la risoluzione del contratto. E' una parziale riedizione dell'abrogato articolo 132, comma 3, del vecchio codice. La norma non prevede un limite numerico ma questo non deve far ritenere che vi sia una grande libertà. Infatti la modifica non deve essere sostanziale, cioè non deve essere contenuta nel perimetro del comma 4, il quale, alle lettera a), definisce sostanziale la modifica che "introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati (e gli offerenti? n.d.r.) diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione".

Messa così, qualunque modifica, in più o in meno, è suscettibile di restringere o allargare il numero dei potenziali concorrenti. Pertanto questa appare un'innovazione dirompente; nel regime precedente una variante legittima, di qualunque importo, non richiedeva di valutare una diversa qualificazione dell'operatore qualificato per il contratto originario che continuava comunque nel suo rapporto anche se in astratto non qualificato a sufficienza per la variante.

Nell'alveo della tradizione il comma 1, lettera c), ovvero le varianti senza limiti di importo, determinate da circostanze imprevedute e imprevedibili, compresa la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o (e questo è un rimedio interessante rispetto al regime

previgente) provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti (sempre che non alterino la natura generale del contratto, qualunque cosa voglia dire.

Ancora nella tradizione il comma 1, lettera b) e il comma 7, sui lavori, servizi o forniture, supplementari affidati al contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente comporti ambedue i seguenti effetti:

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
- 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi (duplicazione, non semplice aumento).

Se si tratta di lavori complementari è posto un limite del 50% del contratto iniziale.