

**Criteria di valutazione delle offerte di tipo “on/off”?
sì, ma con cautela ...**

di Massimo Gentile

Si segnala un'interessante sentenza del Consiglio di Stato in tema di criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basato essenzialmente su elementi di valutazione di tipo on/off.

Come noto, tali elementi si caratterizzano per l'attribuzione automatica di un punteggio fisso e, dunque, non graduabile, strettamente dipendente dalla circostanza che il concorrente possieda o meno lo specifico parametro previsto dal criterio di valutazione.

In ordine alla legittimità di siffatti elementi di valutazione, in diverse occasioni è stata chiamata a pronunciarsi la giurisprudenza, la quale non ha sempre assunto posizioni collimanti.

In particolare, secondo talune pronunce, il criterio on/off si presta ad esautorare la *“valutazione dell'offerta tecnica di ogni contenuto di merito tecnico e progettuale, frustrando la finalità di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta e individuando criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”* (TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 4 maggio 2018 n. 5022 e 25 luglio 2018 n. 8434; TAR Toscana 6 marzo 2020, n. 289, dal TRGA Trento 29 ottobre 2019 n. 140 e TAR Liguria, 27 dicembre 2019 n. 1024).

Secondo, un diverso orientamento, *“la circostanza che i punteggi tecnici previsti vengano per la quasi totalità assegnati con il sistema on/off non determina alcuna lesione della effettiva valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta; al contrario il sistema individua un criterio che garantisce un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici, in quanto, per la tipologia di servizio oggetto di gara, sono stati valutati preventivamente dall'amministrazione tutti i requisiti tecnici che devono essere offerti, essendo a tal fine sufficiente il sistema on/off che consente di testarne il possesso”* (TAR Lazio – Roma sez. Terza-ter, 8 maggio 2019 n. 5743 e nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094).

In siffatto contesto va registrata un'ulteriore pronuncia che sembra, almeno per il momento, far propendere la bilancia dalla parte dell'orientamento meno rigido e più permissivo.

Si tratta della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020 con la quale è stata riformata la pronuncia del TAR Lazio-Roma, sez. III, 23 dicembre 2019 n. 14749.

Il caso riguardava un procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato, per 65 punti su 80, sul c.d. sistema on/off.

In primo grado, i giudici romani avevano ritenuto illegittimo siffatto sistema in quanto *“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”*.

Sempre nella sentenza di primo grado era, altresì, rilevato che il servizio di pulizia oggetto di gara *“si esplica mediante una prestazione che è suscettibile di essere svolta con metodi, procedure, prodotti e strumenti diversificati, con profonde differenze per quanto riguarda non solo il prezzo e l'efficacia del servizio di pulizia, ma anche i costi sociali ed ambientali”*; pertanto, secondo il TAR, *“una competizione basata unicamente sul prezzo può invero determinare esternalità negative, in quanto induce le imprese a utilizzare manovalanza non specializzata, prodotti a basso costo, andando evidentemente ad incidere sulla qualità del servizio reso alla PA e scaricando sulla collettività il costo in termini di inquinamento, abbassamento del tenore di vita dei lavoratori, mancato sviluppo delle imprese di settore, le quali, diversamente, ricorrendo ad un sistema premiante il rapporto qualità/prezzo delle offerte, potrebbero essere invece incoraggiate all'innovazione sotto il profilo organizzativo/tecnologico/produttivo etc.”*.

Tali obiettivi, a detta del giudice di primo grado, *“ispirano gli interventi normativi comunitari e nazionali in materia di appalti pubblici, non solo al fine di aprire il relativo mercato alle imprese degli Stati membri, ma anche, in un'ottica di politica economica più generale, al fine di stimolare la crescita delle PMI, di*

limitare l'impatto ambientale, nonché di evitare i costi sociali derivanti da una concorrenza basata solo sul prezzo".

Il Consiglio di Stato, come detto, ha riformato la sentenza.

Secondo la pronuncia di appello, il metodo di attribuzione dei punteggi fondato sul principio "on/off", seppure limiti la capacità progettuale e organizzativa del singolo concorrente, impedendo *"agli offerenti la possibilità di modulare, sotto il profilo qualitativo, la propria proposta e imponendo una sola risposta binaria (si/no) in corrispondenza dei criteri valutativi all'uopo valorizzati nella documentazione di gara"*, non preclude, comunque, *"un effettivo confronto concorrenziale"* tra gli offerenti.

Condizione imprescindibile per lo svolgimento di detto confronto è la definizione, nella *lex specialis* di gara, di *"criteri di valutazione sufficientemente selettivi"*, a fronte dei quali *"non può ritenersi certo che tutti i concorrenti soddisferanno gli elementi tecnici richiesti"*.

Ne deriva che, affinché siffatto sistema possa ritenersi legittimo, occorre verificare il *"grado di selettività dei criteri di valutazione definiti nella documentazione di gara"* ovvero la *"presenza di ulteriori criteri valutativi a punteggio graduabile in sede applicativa tra un minimo e un massimo"*.

In buona sostanza, i giudici di Palazzo Spada sono dell'avviso che la previsione – anche in misura prevalente – di elementi di valutazione delle offerte tecniche di tipo on/off non è, di per sé, censurabile. Tuttavia, è necessario accertare se detti elementi siano dotati di un'effettiva capacità selettiva, in quanto riguardanti caratteristiche che non tutti gli operatori economici possiedono, e se siano stati contemplati ulteriori elementi suscettibili di attribuzione graduata di punteggio.

Da una lettura "ampia" della sentenza, si evince dunque, una posizione del Consiglio di Stato "cauta", in quanto, ancorché non censuri il sistema, pone, comunque, alcune condizioni di ammissibilità dello stesso, onde evitare un sostanziale "aggiramento" dell'essenza dell'OEPV.

In sintesi, avanti pure con i criteri on/off, ma coscienti che la strada più breve è spesso anche quella che presenta più insidie...