

Determinazione Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 8/10/2008 n. 5

Autore: Redazione

Considerato in fatto

L'applicazione dell'art. 81 del decreto legislativo n. 163/2006 che, come noto, ha eliminato anche nel settore dei lavori pubblici i limiti giuridici all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa ha provocato, tra gli operatori del settore, perplessita' e dubbi interpretativi riconducibili alla difficolta' di superare un sistema di valutazione delle offerte basato, sotto la vigenza della legge n. 109/1994, essenzialmente su meccanismi automatici. E' stato quindi rivolto all'Autorita' l'invito a fornire, in forza dei suoi poteri di regolazione del mercato dei lavori pubblici, indicazioni circa l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa da parte delle stazioni appaltanti, sia sotto il profilo della fissazione delle condizioni legittimanti la scelta del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa rispetto al criterio del prezzo piu' basso, sia per cio' che concerne l'indicazione delle modalita' applicative del criterio medesimo. Cio' al fine di evitare che un eventuale utilizzo distorto del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa da parte delle stazioni appaltanti determini l'esercizio di una discrezionalita' svincolata da qualsiasi criterio oggettivo e, quindi, suscettibile di tradursi in violazione dei principi di parita' di trattamento degli operatori economici e di correttezza dell'azione amministrativa. Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, l'Autorita' ha convocato in due successive audizioni gli operatori del settore. Tenendo conto delle considerazioni svolte in tali sedi ed al fine di fornire un ausilio agli operatori del settore, l'Autorita' ritiene opportuno fornire alcuni indirizzi di carattere operativo.

Ritenuto in diritto

1. L'art. 81, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006 prevede che, nei contratti pubblici, la scelta della migliore offerta si basi, alternativamente, sul criterio del prezzo piu' basso o sul criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa. Ai sensi dell'art. 81, comma 2, le stazioni appaltanti scelgono tra i due indicati criteri «quello piu' adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto». Le citate disposizioni rappresentano, per il settore dei lavori pubblici, il superamento del regime restrittivo volto a

privilegiare il criterio del prezzo piu' basso dettato dalla legge n. 109/1994. Se infatti, il decreto legislativo n. 358/1992 e il decreto legislativo n. 157/1995, recependo le indicazioni del legislatore comunitario, prevedevano gia', in materia di forniture (art. 19 decreto legislativo n. 358/1992) e servizi (art. 23 decreto legislativo n. 157/1995), la facolta' della stazione appaltante di scegliere alternativamente tra i due criteri, per i lavori, invece, la legge n. 109/1994, nella versione precedente alla novella della legge n. 166/2002, all'art. 21, limitava la scelta del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa alle concessioni e all'appalto concorso, salvo poi, con l'introduzione del comma 1-ter, estendere tale possibilita' anche ai casi di pubblico incanto e licitazione privata di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, purché si trattasse di appalti in cui «per fa prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali» si ritenesse possibile che la progettazione potesse essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore. Sulla compatibilita' con il diritto comunitario del sistema di scelta della migliore offerta nei lavori pubblici delineato dalla legge n. 109/1994 si era espressa negativamente la Corte di giustizia che, con la sentenza del 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02, precisava che il principio che sta alla base dell'orientamento comunitario (direttiva 93/37, art. 30) di riconoscere la possibilita' di scelta tra i due criteri e' quello di consentire alla stazione appaltante «di comparare diverse offerte e scegliere la piu' vantaggiosa in base a criteri obiettivi» e che, pertanto, la «fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generalied astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti dilavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici dellapossibilita' di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati,scegliendo per ognuno di essi il criterio piu' idoneo a garantire lalibera concorrenza e ad assicurare la selezione della miglioreofferta.Conseguentemente, sulla base di tali considerazioni, il Giudicecomunitario affermava che l'art. 30, comma 1, della direttiva n.93/1937 deve essere interpretato nel senso che «osta ad una normativanazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti dilavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette,imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioniaggiudicatrici di ricorrere unicamente al prezzo piu' basso».La medesima ratio e' alla base della Determinazione n. 6/2005,nella quale l'Autorita', rifacendosi all'esigenza di una piu'efficace attuazione del principio di libera concorrenza (art. 81Trattato UE) e alla conseguente liberta' di scelta dei criteri di aggiudicazione, ha affermato che, anche negli appalti di importoinferiore alla soglia comunitaria - ai quali per costantegiurisprudenza della Corte di giustizia devono ritenersi applicabili medesimi principi generali elaborati per il soprasoglia - devericonoscersi alle stazioni appaltanti la liberta' di scelta delcriterio di aggiudicazione, da esercitarsi avendo riguardo a motividi opportunita' per ragioni di pubblico

interesse. L'attuale formulazione dell'art. 81 del decreto legislativo n.163/2006 riporta la normativa nazionale in linea con i principi dellanormativa comunitaria, dando attuazione in modo pieno al principio di tutela della concorrenza (art. 81 Trattato UE), sulla scia di quanto stabilito dalla Corte di giustizia e già sostenuto dall'Autorità nella citata Determinazione.

2. Alla luce di quanto sopra, non è revocabile in dubbio che il principio alla base dell'art. 81, comma 1, del decreto legislativo n.163/2006 sia quello della scelta del criterio di aggiudicazione da parte della stazione appaltante, in modo indipendente dal tipo di procedura adottata e tenuto conto della maggiore adeguatezza rispetto all'oggetto del singolo contratto. Da tale impostazione normativa deriva l'impossibilità di dare indicazioni preventive ed astratte circa la scelta del criterio più adeguato senza incorrere nel rischio, peraltro già censurato dalla Corte di giustizia, di privare «le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta».

3. Ritenuto quanto sopra, l'Autorità ritiene tuttavia opportuno fornire le presenti indicazioni affinché, nel rispetto del citato principio di equivalenza tra i due criteri, possano essere di ausilio agli operatori del settore nella scelta del criterio di aggiudicazione effettivamente più «adeguato» ai fini del soddisfacimento del pubblico interesse sotteso all'indizione della gara.

4. Allo scopo appare utile, quindi, ribadire che la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del criterio

di aggiudicazione (da intendersi quale mera discrezionalità tecnica e non certo amministrativa) è confermata, in primo luogo, da quanto previsto nel considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE, dove viene chiaramente evidenziato come «l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata, applicando criteri obiettivi che garantiscono il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza.» Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, al fine di sviluppare una concorrenza effettiva deve adottarsi una modalità di attribuzione degli appalti tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi (sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, punto 89). In secondo luogo, come previsto nell'art. 81, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 «Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto». Le stazioni appaltanti, pertanto, sono vincolate, nella scelta del criterio di aggiudicazione, a valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto.

Cio' comporta che, nella fase di elaborazione della strategia digara, la stazione appaltante e' tenuta ad interrogarsi se lospecifico interesse pubblico che intende perseguire attraverso l'indizione della gara sia piu' adeguatamente soddisfatto tenendo conto esclusivamente del fattore prezzo o se, invece, sia preferibile valutare una giusta combinazione di elementi quantitativi e qualitativi delle offerte. Una valutazione di tal fatta, poi, deve tener conto delle caratteristiche dei lavori messi a gara posto che e' da essi che «puo' ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente numerico», come affermato dalla V sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n.2848 del 9 giugno 2008, per un appalto di servizi e che, stante l'identita' di ratio, non puo' non ritenersi pienamente applicabile anche ai lavori.

5. Ne deriva che potra' essere adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione il criterio del prezzo piu' basso quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate. In questo caso, qualora la stazione appaltante sia in grado di

predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, potra' non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalita' ed i tempi previsti nella documentazione di gara e' gia' di per se' in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. L'elemento quantitativo del prezzo rimane quindi l'unico criterio di aggiudicazione.

6. Al contrario, la scelta del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa verra' in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o piu' aspetti qualitativi. In questo caso l'amministrazione potra' ritenere che l'offerta piu' vantaggiosa per la specifica esigenza sia quella che presenta il miglior rapporto qualita/prezzo. Puo' essere di fondamentale ausilio, ai fini di tale valutazione, l'esame della rilevanza, all'interno dello specifico contratto, dei fattori indicati, a titolo esemplificativo, dall'art. 83 del decreto legislativo n. 163/2006 quali criteri di valutazione in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa: «b) la qualita'; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditivita'; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di

esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalita' di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti». Si sottolinea che il decreto legislativo n. 152/2008 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83, vale a dire il potere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi; cio' significa che viene implicitamente sancito

che le modalita' di ripartizione dei punteggi per ogni criterio di valutazione devono essere predeterminate a monte, in sede di stesura del bando di gara. Secondo il considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE, le amministrazioni aggiudicatrici «stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente piu' vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice». Ne deriva che la stazione appaltante dovra' valutare se uno o piu' degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione piu' idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'indizione della gara. Solo in questo caso, infatti, corrisponde all'interesse pubblico l'utilizzo del sistema dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa. A titolo ulteriormente esemplificativo, si rileva che cio' potra' venire in considerazione quando, con riferimento allo specifico oggetto del contratto, assuma particolare rilevanza l'organizzazione del lavoro (ad esempio, nel caso di organizzazione di cantieri per

lavori che devono essere resi in costanza di prestazione del servizio potrebbe essere utile valorizzare le offerte che garantiscono i minori impatti sulla prestazione del servizio stesso), o le caratteristiche tecniche dei materiali (ad esempio, materiali innovativi che garantiscono una maggiore durabilita' o una maggiore sicurezza in caso di impianti idrici, termici, ecc.), o l'impatto ambientale (ad esempio, quando l'opera debba essere fruita dalla collettivita' si potrebbe avere interesse all'uso di materiali a basso impatto ambientale, riciclabili, ecc), o la metodologia utilizzata, quando si tratti di lavori non standardizzati, ecc. In ogni caso si dovra' fare riferimento ad elementi che attengono all'oggetto dell'appalto e che siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovra' essere resa in favore dell'amministrazione appaltante e non che attengano a caratteristiche o qualita' soggettive del concorrente. Infatti, come affermato nel considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE «Al fine di garantire la parita' di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte ed valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, i criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, (...), possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettivita' pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto».

Sulla base di quanto sopra considerato,

IL CONSIGLIO ritiene che:

- la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalita' tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutare l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione

e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva Concorrenza;

- il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate;

- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata.

<https://www.diritto.it/normativa/determinazione-aut-vig-sui-contratti-pubblici-di-lavori-servizi-e-forniture-8102008-n-5/>