

## **DETERMINAZIONE N. 5/2008 dell' 8 OTTOBRE 2008**

### **Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici**

#### **Considerato in fatto**

L'applicazione dell'art. 81 del D.Lgs. n. L63/2006 che, come noto, ha eliminato anche nel settore dei lavori pubblici i limiti giuridici all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha provocato, tra gli operatori del settore, perplessità e dubbi interpretativi riconducibili alla difficoltà di superare un sistema di valutazione delle offerte basato, sotto la vigenza della L. n. 109/94, essenzialmente su meccanismi automatici.

E' stato quindi rivolto all'Autorità 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 più vantaggiosa da parte delle stazioni appaltanti, sia sotto il profilo della fissazione delle condizioni legittimanti la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto al criterio del prezzo più basso, sia per ciò che concerne l'indicazione delle modalità applicative del criterio medesimo.

Ciò al fine di evitare che un eventuale utilizzo distorto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte delle stazioni appaltanti determini l'esercizio di una discrezionalità svincolata da qualsiasi criterio oggettivo e, quindi, suscettibile di tradursi in violazione dei principi di parità 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'Autorità 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'Autorità ritiene opportuno fornire alcuni indirizzi di carattere operativo.

#### **Ritenuto in diritto**

1. L'articolo. 81, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 prevede che, nei contratti pubblici, la scelta della migliore offerta si basi, alternativamente, sul criterio del prezzo più basso o sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ai sensi dell'art. 81, comma 2, le stazioni appaltanti scelgono fra i due indicati criteri "quello più 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 più basso dettato dalla L. n. 109/94.

Se infatti, il D.Lgs. n. 358/92 e il D.Lgs. n. 157/95, recependo le indicazioni del legislatore comunitario, prevedevano già, in materia di forniture (art. 19 D.Lgs. 358/92) e servizi (art. 23 D.Lgs. 157/95), la facoltà della stazione appaltante di scegliere alternativamente tra i due criteri, per i lavori, invece, la L.n.109/94, nella versione precedente alla novella della L. 166/2002, all'art. 21, limitava la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alle concessioni e all'appalto concorso, salvo poi, con l'introduzione del comma l-ter, estendere tale possibilità 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 la 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 compatibilità con il diritto comunitario del sistema di scelta della migliore offerta nei lavori pubblici delineato dalla L. 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 possibilità di scelta tra i due criteri è quello di consentire alla stazione appaltante "di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi" e che, pertanto, la "fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generoli ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuna di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta.

Conseguentemente, sulla base di tali considerazioni, il Giudice comunitario affermava che l'art. 30, comma 1, della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel senso che "osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di

gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al prezzo più basso".

La medesima *ratio* è alla base della Determinazione n. 6/2005 nella quale l'Autorità, rifacendosi all'esigenza di una più efficace attuazione del principio di libera concorrenza (art. 81 Trattato UE) e alla conseguente libertà di scelta dei criteri di aggiudicazione, ha affermato che, anche negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria - ai quali per costante giurisprudenza della Corte di giustizia devono ritenersi applicabili i medesimi principi generali elaborati per il soprasoglia - deve riconoscersi alle stazioni appaltanti la libertà di scelta del criterio di aggiudicazione, da esercitarsi avendo riguardo a motivi di opportunità per ragioni di pubblico interesse.

L'attuale formulazione dell'art. 81 del D.Lgs. n. 163/2006 riporta la normativa nazionale in linea con i principi della normativa comunitaria, dando attuazione in modo pieno al principio di tutela della concorrenza (art. 81 Trattato UE), sulla scia di quanto statuito 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 D.Lgs. 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 conformata, 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 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."

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 D.Lgs. 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 in aspetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto.

Cio comporta che, nella fase di elaborazione della strategia di gara la stazione appaltante è tenuta ad interrogarsi se lo specifico interesse pubblico che intende perseguire attraverso l'indizione della gara sia più 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 è da essi che "può 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'identità di *ratio*, non può non ritenersi pienamente applicabile anche ai lavori.

5. Ne deriva che potrà essere adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione il criterio del prezzo più 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, potrà non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé 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 più vantaggiosa verrà in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi.

In questo caso l'amministrazione potrà ritenere che l'offerta più vantaggiosa per la specifica esigenza sia quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo

.Può 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 D.Lgs. n. 163/2006 quali criteri di valutazione in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; "b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; 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 modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti".

Si sottolinea che il d.Lgs. 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; ciò significa che viene implicitamente sancito che le modalità 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 più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice".

Ne deriva che la stazione appaltante dovrà valutare se uno o più degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione più 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 più vantaggiosa.

A titolo ulteriormente esemplificativo, si rileva che ciò potrà 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 durabilità o una maggiore sicurezza in caso di impianti idrici, termici, ecc.), o l'impatto ambientale (ad esempio, quando l'opera debba essere fruita dalla collettività 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 dovrà fare riferimento ad elementi che attengono all'oggetto dell'appalto e che siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà essere resa in favore dell'amministrazione appaltante e non che attengano a caratteristiche o qualità soggettive del concorrente.

Infatti, come affermato nel considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE "Al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, (...), possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività 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 discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutarne 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

Il Consigliere Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 Novembre 2008