

Pubblicato su *Foro amm. TAR 2004, f. 9, 2430

Aggiudicazione degli appalti di lavori e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: elementi per una riflessione

di

Giovanni Maria di Lieto

1) Normativa comunitaria

Le pertinenti disposizioni di diritto comunitario sono contenute nella Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

Essa, dopo aver definito all'art. 1 gli appalti pubblici quali quelli aventi ad oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori, attribuisce alle Amministrazioni la facoltà di scelta tra procedure aperte (corrispondenti ai pubblici incanti), procedure ristrette (corrispondenti alla licitazione privata) e procedure negoziate, indicando al successivo art. 30 i criteri di aggiudicazione alternativamente adottabili dalle Amministrazioni aggiudicatrici, individuati nel prezzo più basso o nell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La disposizione fondamentale relativa ai criteri di aggiudicazione, contenuta nell'art. 30, n. 1, della Direttiva 93/37, così recita:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

- a) unicamente il prezzo più basso;
- b) quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico».

L'assenza nella richiamata disposizione di ogni stretta connessione fra criteri di aggiudicazione e tipi di procedure di gara assume l'univoco significato di attribuire all'Amministrazione che bandisce la gara la potestà discrezionale di scelta tra l'uno o l'altro criterio: in base ad una valutazione da effettuarsi in concreto ed *ex ante* con riferimento alla singola opera o lavoro pubblico da

realizzare senza che operi, pertanto, un vincolo *a priori* nella scelta dell'uno piuttosto che dell'altro metodo di aggiudicazione.

2) Normativa nazionale

La disciplina dei criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori mediante pubblico incanto, licitazione privata è contenuta nell'art. 21 della L. 11/2/94, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici).

La disciplina dettata in materia dalla norma statale si discosta da quella comunitaria sopra richiamata.

Ai sensi dell'art. 21, co. 1, "l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara [...]".

L'art. 21, co. 1 – *ter* (aggiunto dall'art. 7, co. 1, L. 1° agosto 2002, n. 166) completa la disciplina, disponendo che "l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata può essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base agli elementi di cui al comma 2, lettera a), nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore".

E' noto che la soglia comunitaria è quella del controvalore in euro di 5.000.000 di DSP (fissato, a partire dal 1/1/2002, in euro 6.242.028, secondo quanto stabilito dal Ministero delle Finanze con comunicazione pubblicata sulla G. U. n. 2 del 3/1/2002).

Pertanto, secondo la normativa statale, nel caso di aggiudicazione di lavori di importo inferiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP (soglia comunitaria), la regola - con riferimento all'aggiudicazione degli appalti di lavori mediante pubblico incanto o licitazione privata - è quella del criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara.

Nel caso di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, la norma statale attribuisce all'Amministrazione aggiudicatrice la facoltà di adottare il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, se ritiene la progettazione migliorabile da integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore.

I criteri da impiegare, ai sensi dell'art. 21, co. 1 – *ter*, L. n. 109/94 e s. m. (che rinvia al successivo co. 2), sono di norma i seguenti: prezzo (o ribasso), valore tecnico ed estetico delle opere progettate (inteso come valore tecnico ed estetico delle varianti migliorative proposte rispetto al progetto posto a base di gara), tempo di esecuzione dei lavori, costo di utilizzazione e manutenzione, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare. La somma dei pesi deve essere pari a cento.

I pesi devono essere indicati nel bando di gara; lo stesso bando di gara, per tutti gli elementi di valutazione qualitativa, prevede sub – elementi e sub – pesi o sub – punteggi in base ai quali è determinata la valutazione.

3) L'interpretazione del diritto comunitario (segnatamente l'art. 30, n. 1, della Direttiva CEE 93/37). Le conclusioni dell'Avvocato Generale (1 luglio 2004) nella causa C-247/02 Sintesi spa c/ Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici introdotta l'8 luglio 2002

E' importante premettere che le conclusioni dell'Avvocato Generale hanno ad oggetto la conformità al diritto comunitario della norma statale (art. 21 L. n. 109/94) nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 7, co. 1, L. 1° agosto 2002, n. 166 (che ha aggiunto il co. 1 – *ter* all'art. 21 cit.).

Il Tar Lombardia, nell'ambito del giudizio volto a sindacare la legittimità degli atti di gara dell'Amministrazione aggiudicatrice - che aveva individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa il criterio di aggiudicazione dell'appalto - sospendeva il giudizio, sottoponendo alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

Se l'art. 30, n. 1, della Direttiva 14/6/1993, n. 93/37, laddove attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio d'aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta più vantaggiosa, costituisca conseguente applicazione del principio di libera concorrenza già sancito dall'art. 85 (ora art. 81) del Trattato, che esige che ogni offerta nelle gare indette all'interno del mercato unico sia valutata in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto fra le stesse.

Se in via strettamente conseguente l'art. 30 della Direttiva 14/6/1993, n. 93/37 osti a che l'art. 21 della L. 11.2.1994, n. 109, precluda per l'aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblici la scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici del criterio dell'offerta più vantaggiosa, prescrivendo in via generale solo quello del prezzo più basso.

Sulla risoluzione di tali questioni pregiudiziali, si riportano ampiamente le considerazioni dell'Avvocato Generale.

Sul primo punto (se l'art. 30 cit. della Direttiva costituisca applicazione del principio di libera concorrenza sancito dall'art. 81 del Trattato).

L'art. 81 può essere preso in considerazione quale criterio per un'interpretazione dell'art. 30 della Direttiva al quale si conformi il diritto primario statale.

Deve privilegiarsi un'interpretazione di tale articolo fondata sul principio della concorrenza, che rientra tra i principi fondamentali del diritto comunitario in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

Per quanto riguarda l'effetto dei due criteri di aggiudicazione sotto il profilo della concorrenza, va rilevato che entrambi i criteri, disciplinati all'art. 30, n. 1, della Direttiva 93/37, nonché dalle disposizioni parallele contenute nelle altre direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, devono garantire una concorrenza effettiva.

Non si può trascurare il fatto che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non consente solo una concorrenza di prezzo, ma anche una concorrenza di altri fattori, vale a dire una concorrenza di condizioni. Una valutazione degli effetti di un determinato criterio sulla concorrenza va condotta sulla base di circostanze concrete, in particolare sulla base del mercato interessato ed incombe, conseguentemente, al giudice nazionale.

A tal riguardo il giudice nazionale deve tener conto dei seguenti elementi: per quanto concerne gli effetti sulla concorrenza, riveste importanza determinante soprattutto la questione che a tutte le imprese si applichino gli stessi criteri oggettivi. Per quanto attiene al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rileva, essenzialmente, la forma concretamente assunta dallo specifico procedimento di aggiudicazione, in altre

parole, i singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Analogamente ai criteri di valutazione inerenti alla proprietà delle imprese offerenti, tali elementi devono sempre essere valutati anche in base al diritto primario. È pacifico che in questa categoria rientrino anche le disposizioni in materia di diritto della concorrenza.

Sul secondo punto (se gli Stati membri possano prevedere, in via generale, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso).

Talune disposizioni dettano obblighi espliciti, sia per gli Stati membri, sia per le amministrazioni aggiudicatrici. In quest'ultima categoria di disposizioni rientra la disposizione di cui all'art. 30, n. 1, della Direttiva 93/37 [«I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono: a) o (...) b) o (...)»]. Tale disposizione non attribuisce poteri espliciti alle amministrazioni aggiudicatrici; tuttavia, il principio secondo cui può farsi ricorso solamente ad uno dei due criteri di aggiudicazione espressamente previsti implica anche la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di optare per uno dei due.

Tale potere dell'amministrazione aggiudicatrice viene meno nella misura in cui il rispettivo Stato membro limiti la possibilità di scelta, obbligando, ad esempio, gli enti aggiudicatori a ricorrere, in taluni casi, esclusivamente al criterio del prezzo più basso.

Supponendo che l'Amministrazione aggiudicatrice non disponga di alcun diritto soggettivo rispetto a tale possibilità di scelta, sorge la questione se gli Stati membri possano obbligare gli enti aggiudicatori ad applicare un determinato criterio.

Avverso tale possibilità va rilevato, in primo luogo, il fatto che né l'art. 30 della Direttiva 93/37 né le altre direttive in materia di aggiudicazione disciplinano un potere in tal senso degli Stati membri. Tuttavia, si potrebbe dedurre la necessità di una siffatta disciplina esplicita dal fatto che le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ben riconoscono, in linea generale, il potere degli Stati membri di limitare il potere degli enti aggiudicatori di stabilire determinati criteri. In tal senso, l'art. 23, n. 1, secondo periodo, della Direttiva 93/37 e l'art. 28, n. 1, della Direttiva 92/50 autorizzano gli Stati membri ad

imporre agli enti aggiudicatori che il capitolato d'appalto contenga determinate indicazioni.

Tuttavia, per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, non esiste una disposizione analoga.

Avverso il potere degli Stati membri di vincolare gli enti aggiudicatori ad un singolo e determinato criterio di aggiudicazione depone anche la considerazione che, in tal modo, risulterebbe annullata la parità di rango dei due criteri di aggiudicazione, prevista in tutte le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

Occorre infine richiamare la giurisprudenza della Corte che espressamente fa riferimento al fatto che la disposizione pertinente nella specie lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta tra i criteri di aggiudicazione.

Vero è che tale giurisprudenza riguarda la definizione di criteri relativi all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; tuttavia, le conclusioni della Corte possono essere trasposte anche alla scelta del criterio di aggiudicazione stesso.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, l'Avvocato Generale suggerisce alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali nei termini seguenti:

1) L'art. 30, n. 1, della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, dev'essere interpretato nel senso che attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio d'aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare tale disposizione alla luce del principio della libera concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE.

2) L'art. 30, n. 1, della Direttiva 93/37 dev'essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che precluda, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblici, la scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, imponendo in via generale unicamente quello del prezzo più basso.

4) L'applicazione estensiva delle conclusioni dell'Avvocato Generale alla conformità della norma statale vigente alla pertinente disposizione comunitaria

Per correttezza di indagine, si premette:

la formulazione attuale della norma statale esclude - nel caso di appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria - che l'aggiudicazione dell'appalto possa essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

le conclusioni dell'Avvocato Generale si riferiscono alla norma statale (art. 21 L. n. 109/94) nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 7, co. 1, L. 1° agosto 2002, n. 166 (che ha aggiunto il co. 1 – *ter* all'art. 21);

alle considerazioni e conclusioni dell'Avvocato Generale non ha fatto ancora seguito la sentenza della Corte di Giustizia.

Ciò premesso, ad avviso di chi scrive, le considerazioni dell'Avvocato Generale (che definiscono il corretto criterio di interpretazione dell'art. 30 della Direttiva) sono suscettibili di applicazione estensiva alla conformità della norma statale vigente alla pertinente disposizione comunitaria.

Del resto, l'Avvocato Generale nelle conclusioni (depositate il 1° luglio 2004), svolte nella causa C-247/02 introdotta l'8 luglio 2002 (il procedimento davanti al giudice nazionale aveva ad oggetto la legittimità degli atti di gara emanati nel vigore della norma statale previgente), non può non avere tenuto conto delle modifiche successive alla norma, introdotte dall'art. 7, co. 1, L. 1° agosto 2002, n. 166 (che costituisce *jus superveniens* nell'ordinamento primario).

Come anche, in fatto e in diritto, alcun riferimento vi è nelle considerazioni dell'Avvocato Generale all'importo dei lavori (che pertanto è elemento estraneo rispetto alle conclusioni). Quando nella norma statale vigente, l'importo dei lavori è elemento discriminante la scelta del criterio di aggiudicazione.

L'art. 21, co. 1 – *ter*, che prevede per l'Amministrazione aggiudicatrice la facoltà di adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto in via residuale, esclusivamente nell'ipotesi di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sembra comunque limitativo del diritto del committente pubblico di optare tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso riconosciuto, in via generale, dalla norma comunitaria.

Del resto, anche nel caso di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, è possibile (non può escludersi) - per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali - che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore.

5) Conclusioni

La limitazione del diritto di opzione fra i criteri di aggiudicazione prevista dalla norma statale vigente appare ingiustificata e in violazione del diritto di concorrenza assicurato dall'art. 30 della Direttiva 93/37.

E gli Stati membri non possono limitare l'ambito del diritto di opzione dell'Amministrazione aggiudicatrice per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, obbligando l'ente aggiudicatore (nel caso di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria) a ricorrere esclusivamente al criterio del prezzo più basso.

Se la disposizione comunitaria pertinente deve essere interpretata nel senso che attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la potestà discrezionale di scelta del criterio d'aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbe ammissibile l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'aggiudicazione dell'appalto di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria attraverso una puntuale, espressa applicazione nella indizione della gara del n. 1 dell'art. 30 della Direttiva 93/37.

Con disapplicazione da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice della norma statale vigente, ancora non conforme a quella comunitaria, l'art. 30 cit. dovendo essere interpretato nel senso di impedire l'applicazione di una disposizione nazionale che comunque limiti il diritto di opzione dell'Amministrazione aggiudicatrice per l'uno o l'altro criterio di aggiudicazione.

La restrizione, sul piano delle scelte amministrative, dell'ambito del diritto di opzione per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, frutto di arbitraria valutazione del legislatore italiano, sembra integrare un *vulnus* dell'ordinamento comunitario, giustificando la conseguente disapplicazione della norma statale vigente.

Giovanni Maria di Lieto