

AS1422 - NORMATIVA IN MATERIA DI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DI APPALTI

Roma, 18 agosto 2017

Presidente del Senato
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri

Nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 2 agosto 2017, ha inteso formulare alcune osservazioni in merito alla recente modifica dell'articolo 95 - *Criteri di aggiudicazione dell'appalto* del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ("Codice dei Contratti pubblici") ad opera del D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (c.d. decreto "correttivo").

Nello specifico, rileva la previsione di cui al comma 10-bis del citato articolo 95 - relativa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo - secondo la quale *"La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento"*.

L'Autorità ritiene, per le ragioni di seguito illustrate, che la norma in esame, nella parte in cui prevede un tetto massimo per il punteggio economico, entro la soglia del 30%, limiti eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un'ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e a una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti.

Innanzitutto, la soglia del 30% come tetto massimo per il punteggio economico non sembra trovare fondamento in alcuna previsione normativa nazionale ed euro-unitaria o in orientamenti giurisprudenziali tali da giustificare l'applicazione di un così rigido criterio di valutazione delle offerte.

Ed invero le Direttive del 2014 in materia di appalti e concessioni non prevedono l'introduzione di soglie *predeterminate* dal legislatore nazionale per l'attribuzione del punteggio economico e di quello tecnico, rimettendo alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la loro concreta individuazione¹.

Coerentemente, la legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11², pur privilegiando l'aggiudicazione secondo criteri qualitativi rispetto all'aggiudicazione al prezzo più basso nel rispetto della disciplina europea³, non ha fissato alcuna soglia per l'attribuzione del punteggio economico.

¹ [Cfr. il Considerando 90 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici: "L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. Occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia. È inoltre opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto. Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato".]

² [Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.].

³ [Cfr. i principi e criteri direttivi declinati all'art 1, lett. ff): "utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione; regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, nonché indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria".]

Anche la prima versione dello schema di decreto correttivo del Codice dei Contratti pubblici, peraltro, non prevedeva un limite di questo tipo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta ma rimettendo alla stazione appaltante la fissazione di un punteggio economico che non fosse *talmente prevalente* rispetto al punteggio tecnico da determinare, in concreto, l'applicazione del criterio del minor prezzo⁴.

Sullo schema di decreto correttivo in esame si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, con il parere 30 marzo 2017 n. 782, il quale si è limitato a suggerire la previsione di un punteggio massimo per l'offerta economica *non prevalente* rispetto agli altri, invitando a inserire nell'articolo 95 un comma del seguente tenore: *"la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine stabilisce il punteggio massimo previsto per l'offerta economica in modo da evitare che tale elemento prevalga sugli altri"*.

Come ricordato dal giudice, infatti, sia il criterio del prezzo più basso che quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa hanno pregi e difetti. Il primo garantisce la rapida definizione delle procedure ad evidenza pubblica e riduce la discrezionalità della pubblica amministrazione (a volta considerata fattore in cui si annida la possibilità di corruzione) ma, sotto altro profilo, non consente di valutare alcuni aspetti qualitativi dell'offerta, può spingere gli operatori economici a ridurre eccessivamente i costi, anche legati alla manodopera, e crea il rischio di cordate che tentano di influenzare l'individuazione della soglia di anomalia. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – valorizzato dalla riforma del 2016 – garantisce meglio la valutazione dell'aspetto qualitativo ed evita che la competizione si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi; tuttavia, esso determina un appesantimento della procedura e amplia gli spazi discrezionali della stazione appaltante. Inoltre tale criterio richiede una particolare competenza e preparazione della stazione appaltante e, per essa, della commissione di gara.

A riguardo, l'ANAC ha osservato come la ponderazione dei punteggi dovrebbe essere rimessa alla stazione appaltante, trovandosi questa nella posizione più idonea a valutare adeguatamente la rilevanza del peso dell'offerta economica rispetto a quella tecnica. In questo senso, le Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"*, approvate con delibera 21 settembre 2016, n. 1005, sottolineano che *"la determinazione dei punteggi da attribuire a ciascuna componente dell'offerta, a ciascun criterio o subcriterio è rimessa alla stazione appaltante che deve tener conto delle specificità dell'appalto e, dunque, dell'importanza relativa della componente economica, di quella tecnica e dei relativi profili oggetto di valutazione"* e ancora che *"In generale si deve attribuire un punteggio limitato alla componente prezzo quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o quando si vogliono scoraggiare ribassi eccessivi che si ritiene difficilmente perseguibili dagli operatori economici; viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga"* (§ III, pag. 7).

A ciò si aggiunga che sia la giurisprudenza comunitaria che quella nazionale, pur esprimendosi con riferimento al precedente quadro normativo, hanno in più occasioni valorizzato la discrezionalità della stazione appaltante nel valutare, caso per caso, le peculiarità di ogni singolo appalto, in modo da attribuire il giusto peso alla componente economica e a quella tecnica.

Ad esempio, nella causa C-247/2002, la Corte di Giustizia ha rilevato come *"...la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali 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 ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta"* (sentenza 7 ottobre 2004, *Sintesi S.p.A. contro Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, § 40)⁵.

In termini simili, il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare, con riguardo al precedente d.lgs. 163/2006, come il legislatore non avesse voluto predeterminato il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità e all'elemento prezzo delle offerte, *"lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione, da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete"*. Nel caso al suo esame, la scelta di attribuire il peso di due terzi circa all'elemento economico rispetto all'elemento tecnico per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale non era apparsa irragionevole né

⁴ [Cfr. art. 57, comma 1, dello schema di decreto correttivo, in cui si proponeva di aggiungere i seguenti commi all'art. 95:

- *comma 10-bis: «La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici»;*
- *comma 10-ter: «La stazione appaltante stabilisce il tetto massimo per il punteggio economico in modo da evitare che tale elemento sia talmente prevalente sugli altri da determinare, in concreto, l'applicazione del criterio del minor prezzo».*]

⁵ [Più recentemente, la Corte ha ritenuto che *"...l'articolo 53, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18 prevede che l'«offerta economicamente più vantaggiosa» debba essere individuata «dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice» e concede quindi a detta amministrazione aggiudicatrice un più ampio margine discrezionale [...] I criteri che possono essere accolti dalle amministrazioni aggiudicatrici per stabilire quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa non sono elencati in modo tassativo dall'articolo 53, paragrafo 1, della direttiva 2004/18. Tale disposizione lascia pertanto alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri di aggiudicazione dell'appalto che esse intendono adottare. Tuttavia, tale scelta non può riguardare criteri diversi da quelli destinati a individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in tal senso, sentenza Lianakis e a., C-532/06, EU:C:2008:40, punti 28 e 29"* (sentenza 26 marzo 2015, C-601/13 *Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*).]

sproporzionata (Consiglio di Stato, sentenza 26 novembre 2011 n. 581; cfr. altresì Consiglio di Stato, sentenza 31 dicembre 2007 n. 6837).

L'orientamento dell'Autorità a riguardo è stato sostanzialmente conforme alla linea sopra rappresentata. Nel principale parere relativo ai bandi predisposti da Consip (AS251 – *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.A.* del 7 febbraio 2003), l'Autorità pur, esprimendosi nell'ambito di una diversa normativa che non stabiliva un ordine di preferenza tra i criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, rilevava come *"la scelta tra un criterio che si esaurisca nel prezzo ed uno che dia rilievo anche ad altri fattori, potendo questi ultimi essere ritenuti addirittura prevalenti, risulta essenzialmente condizionata dall'interesse dell'amministrazione all'acquisizione della specifica commessa. Tenendo conto di tale quadro normativo, l'Autorità rileva che un criterio di aggiudicazione basato sul prezzo - che, in quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo - appare tendenzialmente più adeguato, in una prospettiva di promozione della concorrenza, quando le caratteristiche qualitative del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti. Il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che associa al prezzo altri parametri di aggiudicazione, potrebbe, al contrario, rivelarsi preferibile, nella prospettiva concorrenziale, quando più caratteristiche qualitative del prodotto o del servizio possono concorrere, anche in forme alternative, al soddisfacimento dell'interesse pubblico"*.

Considerato tutto quanto sopra, la scelta del legislatore di prevedere una soglia massima, pari al 30%, per l'attribuzione del punteggio economico, oltre a non trovare fondamento nella normativa nazionale ed euro-unitaria e negli orientamenti giurisprudenziali e dell'ANAC, sembra limitare eccessivamente e ingiustificatamente la valorizzazione dell'offerta economica, in particolare in quei mercati dove le forniture possono presentare un elevato grado di omogeneità, conferendo allo stesso tempo un'ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori.

Se infatti è vero che il nuovo quadro normativo intende privilegiare, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia e includendo il "miglior rapporto qualità/prezzo" valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi dell'offerta, l'introduzione di una soglia rigida e bassa non appare appropriata per quella tipologia di appalti caratterizzati da prodotti o servizi considerati sostanzialmente analoghi, anche in virtù delle specifiche previsioni del bando di gara, e per i quali la componente economica può assumere valore rilevante⁶.

La possibilità di utilizzare il criterio del "minor prezzo", prevista dal comma 4 dell'articolo 95⁷, è infatti circoscritta ad ipotesi limitate, non applicabili a numerose tipologie di appalto che richiederebbero invece un'adeguata valorizzazione dell'offerta economica, vale a dire un punteggio economico superiore al 30%. Assume rilevanza, in proposito, la lett. b) del comma 4, secondo la quale il criterio del minor prezzo è applicabile *"..b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato"*. L'ipotesi sembra tuttavia limitata a quei servizi o prodotti le cui caratteristiche sono standardizzate, in considerazione della loro effettiva ed oggettiva omogeneità. Indicazioni in tal senso provengono infatti dalle citate Linee Guida dell'ANAC n. 2/2016, ove si legge che *"per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali"*.

Una più ampia valorizzazione dell'offerta economica dovrebbe, invece, essere consentita non solo per i prodotti o i servizi che si presentano oggettivamente omogenei, ma anche in quei casi in cui, vuoi per le condizioni particolarmente stringenti stabilite nella disciplina di gara, vuoi per la presenza di alcune caratteristiche standardizzate (come per i servizi accessori o altre componenti dell'offerta), il punteggio economico assume particolare rilevanza anche in una procedura di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Questo permetterebbe di definire più rapidamente le procedure di gara, di ridurre la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'attribuzione del punteggio tecnico e di consentire una più ponderata valutazione delle offerte economiche, a beneficio della concorrenza e del mercato.

⁶ [Cfr. le citate Linee Guida n. 2/2016 dell'ANAC, secondo cui è necessario "attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga".]

⁷ [Art. 95, comma 4, d.lgs. 50/2016:

"4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;

c) per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo".]

Alla luce di quanto esposto, l'Autorità ritiene che la norma di cui all'articolo 95, comma 10-*bis*, del Codice dei Contratti pubblici si pone in contrasto con i principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento, in quanto l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe avvenire secondo criteri che garantiscano un raffronto obiettivo e ponderato delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza anche di prezzo, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. L'Autorità invita dunque le Autorità in indirizzo a valutare l'opportunità di una modifica della normativa in esame, eventualmente eliminando dalla disposizione l'inciso "*A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento*" o comunque rivedendo in aumento la soglia del 30%, al fine di consentire una maggiore valorizzazione della componente economica dell'offerta.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella