

Appalti

Criteri di aggiudicazione, scelta libera ma con paletti precisi per le Pa

di Roberto Mangani

31 Ottobre 2023

Il Consiglio di Stato ribadisce l'ampio margine di discrezionalità per le stazioni appaltanti, ma il nuovo codice impone vincoli che limitano molto i margini di manovra degli enti

NT+ Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

Nella scelta del criterio di aggiudicazione da utilizzare ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici gli enti appaltanti godono di un ampio margine di discrezionalità, che attiene al merito dell'azione amministrativa e rispetto alla quale il sindacato giurisdizionale è limitato alle ipotesi di palese illogicità e irragionevolezza o evidente travisamento dei fatti. Nell'ambito di questa discrezionalità la scelta del criterio di aggiudicazione va operata individuando quello più idoneo in relazione alle specifiche tecniche dell'appalto, tenendo conto della tipologia di prestazione oggetto del contratto e delle sue peculiari caratteristiche.

Con l'affermazione di questi principi il [Consiglio di Stato, Sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8706](#), è nuovamente intervenuto su una questione più volte affrontata e che tuttavia continua a mantenere delle zone d'ombra, da analizzare anche alla luce della disciplina contenuta nel Dlgs 36/2023.

Il fatto

Un'Azienda ospedaliera aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento della manutenzione degli impianti medicali presenti nelle strutture sanitarie. A seguito dell'aggiudicazione, un altro concorrente – che era anche il gestore uscente - impugnava la stessa. A fondamento del ricorso, la censura relativa alla scelta del criterio di aggiudicazione da parte dell'ente appaltante.

Secondo il ricorrente l'ente appaltante avrebbe optato per il criterio del prezzo più basso in mancanza dei presupposti indicati dalle norme che ne avrebbero consentito l'utilizzo. Nel caso di specie infatti l'appalto non sarebbe caratterizzato dalla sussistenza dei due requisiti che legittimano il ricorso al prezzo più basso, e cioè la standardizzazione delle prestazioni da rendere e la bassa incidenza della manodopera.

Quanto al primo profilo, il capitolato speciale definiva le prestazioni nel senso di attività comprendervi non solo le attività di manutenzione, ma anche quelle di adeguamento degli impianti medicali, che anche in relazione alla normativa regolatrice sulla tutela della salute non potevano essere considerate prestazioni a carattere ripetitivo.

Relativamente alla manodopera, l'appalto in questione non poteva essere considerato a bassa intensità della stessa, tenuto conto che il contenuto specialistico e tecnologico delle prestazioni da svolgere incideva in misura significativa sul livello di qualificazione del personale da impiegare e quindi sul costo della manodopera. Ne è riprova la circostanza che nell'offerta dell'aggiudicataria il costo della manodopera incideva per una percentuale ben superiore al 50% dell'intero importo dell'appalto.

Il ricorso veniva respinto dal giudice di primo grado e la relativa sentenza veniva impugnata davanti al Consiglio di Stato.

Il termine per impugnare la scelta del criterio di aggiudicazione

In via preliminare il Consiglio di Stato affronta la questione della tempestività del ricorso, sollevata in via di eccezione dall'ente appaltante e dall'aggiudicataria. L'eccezione si fondava sul fatto che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente il bando che evidentemente già conteneva l'individuazione del criterio di aggiudicazione, senza attendere – come invece ha fatto – gli esiti della procedura e l'intervenuta aggiudicazione. Il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione, ritenendo quindi il ricorso proposto tempestivamente. Ha infatti ricordato l'orientamento consolidato secondo cui l'impugnazione immediata

delle clausole del bando riguarda esclusivamente le ipotesi in cui le stesse sono immediatamente escludenti impedendo la partecipazione alla gara ovvero rendono impossibile la presentazione di un'offerta. Nel caso di specie non ricorre alcuna di tali ipotesi, come è evidente dal fatto che l'impresa ricorrente ha comunque partecipato alla gara presentando una propria offerta. Appare quindi corretto il comportamento della stessa che ha impugnato la clausola relativa al criterio di aggiudicazione unitamente all'aggiudicazione, poiché solo in tale momento si è palesato il carattere lesivo della clausola stessa. E ciò rende tempestivo il ricorso presentato.

La scelta del criterio di aggiudicazione

Nel merito, il Consiglio di Stato prende le mosse dalla riaffermazione del principio secondo cui la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità amministrativa e, riguardando il merito, è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo se non nei limitati casi di palese irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti. Sulla base di questo principio l'ente appaltante è chiamato a scegliere il criterio di aggiudicazione più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, tenuto conto delle specificità delle prestazioni da svolgere.

Tenendo conto di tali presupposti, il criterio del prezzo più basso è destinato ad essere utilizzato nei casi in cui l'oggetto del contratto preveda lo svolgimento di prestazioni di carattere ordinario e di natura standardizzata, considerata anche della presenza sul mercato di una molteplicità di operatori idonei a svolgere le prestazioni stesse. Ne consegue che la scelta del criterio del prezzo più basso risulta idonea nei casi in cui le prestazioni non sono connotate da un particolare valore tecnologico. In questi casi infatti l'ente appaltante non ha alcun interesse a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, poiché l'esecuzione delle prestazioni avviene secondo modalità standardizzate già compiutamente definite dallo stesso nella documentazione di gara.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa va invece utilizzato qualora le caratteristiche oggettive dell'appalto siano tali da far ritenere rilevanti gli elementi qualitativi dell'offerta. In questo caso è ragionevole che l'ente appaltante valuti tali elementi qualitativi insieme al prezzo per individuare l'offerta che risulti maggiormente aderente alle sue esigenze.

Applicando tale criterio distintivo al caso in esame appare legittima la scelta di ricorrere al criterio del prezzo più basso. L'articolo 95, comma 4 del Dlgs 50 – in aderenza al criterio sopra ricordato – facoltizza gli enti appaltanti a utilizzare il criterio del prezzo più basso per l'affidamento di appalti di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate, che è appunto l'ipotesi che ricorre nel caso in esame.

Né è sostenibile che si tratti di un appalto ad alta intensità di manodopera – per il quale il precedente comma 3 dell'articolo 95 prevede il ricorso obbligatorio al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – in quanto in base alle stime elaborate dall'ente appaltante e contenute nella documentazione di gara il costo della manodopera risulta inferiore al 50 % dell'importo totale del contratto.

La disciplina del Dlgs 36

Le affermazioni contenute nella pronuncia in commento vanno valutate alla luce della disciplina sui criteri di aggiudicazione, oggi contenuta all'articolo 108 del Dlgs 36, che riprende con alcune modifiche le previsioni dell'articolo 95 del Dlgs 50.

Il principio di fondo da cui prende le mosse la pronuncia, e cioè quello della piena libertà dell'ente appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione – che sarebbe quindi connotata dalla più ampia discrezionalità – riceve in realtà un significativo temperamento dalle norme.

Infatti, il comma 1 dell'articolo 108 indica quale criterio da utilizzare in via ordinaria quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, declinato secondo una duplice modalità: miglior rapporto qualità/prezzo o elemento del prezzo o del costo che segue un criterio di comparazione costo/efficacia, che implica comunque la valutazione di elementi qualitativi dell'offerta.

Il comma 2 indica i casi in cui è comunque obbligatorio il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

- a) contratti relativi a servizi sociali, ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e comunque i servizi ad alta intensità di manodopera;
- b) affidamento dei servizi di ingegneria di importo pari o superiore a 140.000 euro;
- c) affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro;
- d) affidamenti a seguito di dialogo competitivo o di contratti di partenariato pubblico – privato;

e) affidamenti di appalto integrato;

f) affidamenti di lavori ad alto contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

Occorre infine considerare la previsione del comma 3, che sancisce la facoltà di ricorso al criterio del prezzo più basso per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato. Vengono così identificati gli unici casi in cui l'ente appaltante può – ma non deve – ricorrere al prezzo più basso, che si configura quindi come un criterio da utilizzare in via residuale.

In sintesi, è possibile affermare che la discrezionalità dell'ente appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione da utilizzare è in realtà relativa. Vi sono infatti una serie di prescrizioni dettate direttamente dal legislatore per cui il criterio da utilizzare in via prevalente è l'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre il prezzo più basso è destinato ad ipotesi predefinite, che peraltro riguardano solo le forniture e i servizi (con caratteristiche standardizzate) e non anche i lavori.

Il quadro si completa poi con alcune previsioni specifiche relative a servizi e forniture il cui prezzo è determinato da puntuali disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (comma 1). In base al successivo comma 5, in questi casi il prezzo è fisso e gli operatori concorrono solo in base ad elementi di natura qualitativa.

In sostanza, l'ente appaltante deve svolgere una gara in cui indica preventivamente quale è il corrispettivo (fisso) riconosciuto all'appaltatore, con la conseguenza che la scelta dell'offerta aggiudicataria avviene esclusivamente sulla base di elementi qualitativi.


Al riguardo, si può porre il tema se questa previsione possa venire in rilievo in relazione a una questione che negli ultimi tempi ha assunto grande importanza, e cioè l'applicabilità o meno della disciplina sull'equo compenso all'affidamento dei servizi di ingegneria.

Si potrebbe infatti sostenere che la predeterminazione per legge di un (equo) compenso minimo rientra proprio nell'ipotesi in cui il prezzo di determinati servizi è fissato da una disposizione legislativa, con l'effetto di rendere applicabile la previsione del comma 5.

Questa tesi, per quanto trovi un riferimento testuale nella disposizione richiamata, non appare convincente. Occorre infatti considerare che la stessa – che trova origine in una previsione della Direttiva UE 2014/24 sostanzialmente analoga - verrebbe ad essere investita di un'ampia efficacia derogatoria, tale da limitare fortemente il principio di concorrenzialità nell'affidamento dei servizi di ingegneria.

La previsione specifica introdotta in origine dallo stesso legislatore comunitario sembra in realtà dettata per l'ipotesi dei così detti “prezzi amministrati”, cioè prezzi autoritativamente fissati dall'autorità amministrativa o direttamente dal legislatore in relazione a servizi di interesse generale ritenuti essenziali. Estenderne l'applicazione a servizi che sono ordinariamente acquisibili sul libero mercato appare contrario agli stessi principi fondamentali che disciplinano l'intero settore dei contratti pubblici.

A conferma di ciò, va ricordato che la predeterminazione di tariffe minime nell'affidamento dei servizi di ingegneria è sempre stata ritenuta contraria – sia da parte dell'Autorità Antitrust nazionale che da parte degli organismi comunitari – al principio di concorrenza, e ciò anche nella vigenza di disposizioni analoghe a quella oggi contenuta nel Dlgs 36 e più volte richiamata.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

