



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
DSG
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

SOCIETÀ TOSCANA
DEGLI AVVOCATI AMMINISTRATIVISTI
Aderente



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
**Scuola di
Giurisprudenza**

**INCONTRI SU IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
(dieci anni dopo)**

«DIVIETO» DEL PREZZO PIÙ BASSO: IL CRITERIO DI SELEZIONE DELLE OFFERTE TRA DISCREZIONALITÀ TECNICA E ESIGENZE SINDACATO GIURISDIZIONALE

AVV. FRANCESCO BARCHIELLI

Direttore di www.urbanisticaitaliana.it e www.appaltieriserve.it

Piazza Indipendenza 10 - 50129 Firenze

TEL. +39 055 23.81.961 – CELL +39 339 34.00.116

FAX +39 055 56.09.352 – f.barchielli@studiobarchielli.it

francesco.barchielli@firenze.pecavvocati.it - www.studiobarchielli.it

Dalla legge «Merloni» al D.lgs 163 del 2006. Verso la libertà di scelta

Scelta tra i criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici

Prezzo più basso

**MASSIMO
RIBASSO**
MINIMI DIRITTI

Immagine scaricata da
google digitando
«massimo ribasso»

**Offerta economicamente
più vantaggiosa**



Immagine scaricata da
google digitando
«offerta
economicamente più
vantaggiosa»

Dalla legge «Merloni» al D.lgs 163 del 2006. Verso la libertà di scelta

- **Direttiva comunitaria, 71/305/CEE** introduce nel nostro ordinamento un nuovo criterio di aggiudicazione aggiungendo al “prezzo più basso” quello dell’“offerta economicamente più vantaggiosa”
- **Direttiva comunitaria 89/440/CEE** ripercorre il percorso già tracciato dalla precedente direttiva 71/305/C.E.E.
- **Direttiva 93/37/CEE** nell’abrogare la precedente 71/305/CEE (e le disposizioni di essa modificative: di conseguenza abrogando anche la Direttiva 89/440/CEE), relativamente ai criteri di aggiudicazione mantiene sostanzialmente inalterati i criteri adottati dalle precedenti, abrogate direttive



Dalla legge «Merloni» al D.lgs 163 del 2006. Verso la libertà di scelta



➤ **L'art. 21 della Legge 109 del 1994 (c.d. «legge Merloni»)**

Limita l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa all'aggiudicazione dell'appalto concorso e delle concessioni

➤ **ANAC, determinazione n. 53 del 2000**

Nel sistema della legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94, l'aggiudicazione dei pubblici appalti può avvenire **soltanto con l'applicazione del criterio del prezzo più basso**, essendo possibile fare ricorso a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle sole ipotesi dell'appalto-concorso e della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici.

➤ **Art. 7 comma 1) lett. n) punto 2) della L. 166/1.8.2002**

Si ha un riposizionamento del legislatore nazionale sulla questione in discorso: oltre ai casi già previsti (appalto-concorso e concessione) il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa può essere utilizzato anche per i pubblici incanti e le licitazioni private allorché l'importo dei lavori sia superiore alla soglia comunitaria** e, contemporaneamente, si ritenga possibile un utile miglioramento della progettazione a seguito di integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore

Dalla legge «Merloni» al D.lgs 163 del 2006. Verso la libertà di scelta



➤ Corte di Giustizia dell'Unione, Sentenza C-247 del 7 ottobre 2004 (caso Sintesi S.p.A.)

Afferma che una normativa nazionale che imponga alle stazioni appaltanti, in termini generali ed astratti, di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso, contrasta con l'art 30, n. 1 della Direttiva 93/37/CEE

*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.*

Il D.lgs 163 del 2006 e le posizioni giurisprudenziali e dell'AVCP (ANAC)



ANAC, parere del 21 settembre 2011 n. 166 (vds. anche Determinazione 5/2008)

Occorre ribadire, come affermato dalla giurisprudenza più recente (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2010 n. 8408), **che rientra nei poteri discrezionali dell'amministrazione appaltante operare la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa** in base alle caratteristiche dell'appalto, avendo di mira unicamente la garanzia della libera concorrenza e la selezione della migliore offerta (Corte di Giustizia C.E. sent. 7 ottobre 2004, in causa C- 247/02, Cons. St. Sez. IV, 23.settembre 2008, n.4613, Sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404).

«Da tale principio discende la sindacabilità del criterio prescelto solo in caso di manifesta illogicità, inadeguatezza o travisamento dei fatti»

Le direttive comunitarie 23/24/25 del 2014

Direttiva 2014/24/UE «Sugli appalti pubblici»



89° Considerando

Il ricorso al termine **«offerta economicamente più vantaggiosa»** è un concetto prioritario, dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte.

Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre

«utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo»

Le direttive comunitarie 23/24/25 del 2014

Direttiva 2014/24/UE «Sugli appalti pubblici»



89° Considerando

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.

Le direttive comunitarie 23/24/25 del 2014

Direttiva 2014/24/UE «Sugli appalti pubblici»



Art. 67 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto

Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

4. I criteri di aggiudicazione **non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata.**

5. L'amministrazione aggiudicatrice precisa nei documenti di gara la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, tranne i casi in cui questa sia individuata unicamente in base al prezzo.

Legge 190 del 2012 e Piano Nazionale Anticorruzione 2015

ANAC. Piano nazionale anticorruzione del 2015



Sebbene il criterio di aggiudicazione tramite «**offerta economicamente più vantaggiosa**» troverà uno spazio sempre maggiore con l'introduzione delle nuove direttive, esso presenta un più **elevato rischio di discrezionalità rispetto al criterio del prezzo più basso**.

Un indicatore facilmente calcolabile è quindi il **conteggio degli affidamenti fatti con OEPV** rispetto a tutti gli affidamenti effettuati in un determinato periodo e anche una valutazione complessiva per questi specifici affidamenti del peso percentuale delle componenti qualitative rispetto a quelle oggettivamente valutabili.

Legge 190 del 2012 e Piano Nazionale Anticorruzione 2015

ANAC. Piano nazionale anticorruzione del 2015



4.2.5 Esempificazione di possibili misure

- Obbligo di **motivazione** nella determina a contrarre in ordine sia alla scelta della procedura sia alla scelta del sistema di affidamento adottato ovvero della tipologia contrattuale (ad esempio appalto vs. concessione);
- Adozione di direttive interne/linee guida che **limitino il ricorso al criterio dell'OEPV** in caso di affidamenti di beni e servizi standardizzati, o di lavori che **non lasciano margini di discrezionalità all'impresa**.
- Obbligo di dettagliare nel bando di gara in modo trasparente e congruo i requisiti minimi di ammissibilità delle varianti progettuali in sede di offerta.

La sfiducia sul massimo ribasso causata anche da una non corretta valutazione dell'anomalia

Consiglio di Stato, Sezione V, 29 ottobre 2014 n. 5377

Quanto alla necessità della motivazione del giudizio di congruità, si desume per relationem al contenuto dei chiarimenti forniti dall'aggiudicataria.

D'altra parte l'obbligo di una motivazione rigorosa ed analitica ricorre ove l'analisi delle giustificazioni si concluda in senso sfavorevole, con giudizio di non congruità, e non nel caso di giudizio di congruità, fermo restando che il terzo che assuma l'illogicità o l'erroneità della valutazione della stazione appaltante dovrà individuare gli specifici elementi da cui il giudice possa evincere che la valutazione sia stata irragionevole o basata su fatti erronei e travisati (sul punto, cfr., Cons. Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1183; 10 settembre 2012, n. 4785; 29 novembre 2012, n. 6061; sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710).



La sfiducia sul massimo ribasso causata anche da una non corretta valutazione dell'anomalia

Consiglio di Stato, Sezione V, 6 maggio 2015 n. 2274

È bene rammentare entro quali limiti si può muovere il sindacato del giudice amministrativo, secondo quanto indicato dalla pronuncia **n. 8/2014 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio**, secondo la quale **è consentito il sindacato esterno del giudice amministrativo sull'operato dell'organo deputato all'esame delle offerte, in presenza di elementi che il ricorrente elevi a vizio di eccesso di potere in cui la Stazione appaltante si assume sia incorsa per una non corretta disamina di elementi contenutistici tali da evidenziare una palese incongruità dell'offerta**" (confortato da Cass., Sez. Un., 16 luglio 2014, n. 16239).



D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Legge delega del 28 gennaio 2016 n. 11

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;

gg) aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizi ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della **manodopera è pari almeno al 50 per cento** dell'importo totale del contratto, **esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, come definita dalla lettera ff) , escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta;



D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Art. 95 del D.lgs 50 del 2016 «Criteri di aggiudicazione dell'appalto»

3. Sono aggiudicati **ESCLUSIVAMENTE** sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del **miglior rapporto qualità/prezzo**:

- a) i contratti relativi ai **SERVIZI sociali** e di **ristorazione** ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad **alta intensità di manodopera**, come definiti all'**articolo 50**, comma 2;
- b) i contratti relativi all'affidamento dei **SERVIZI** di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

Art. 50 del D.lgs 50 del 2016

I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della **manodopera** è pari almeno al **50 per cento** dell'importo totale del contratto.



D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Art. 95 del D.lgs 50 del 2016 «Criteri di aggiudicazione dell'appalto»

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

- a) per i **LAVORI** di importo pari o **inferiore a 1.000.000** di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del **progetto esecutivo**;
- 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 inferiore alla soglia di cui all'articolo 35**, caratterizzati da **elevata ripetitività**, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

5. Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno **adeguata motivazione** e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta.



D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Art. 95 del D.lgs 50 del 2016 «Criteri di aggiudicazione dell'appalto»

In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di **criteri oggettivi**, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.



Nell'ambito di tali criteri possono rientrare:

a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, **certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001**, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;

b) il possesso di un **marchio di qualità ecologica dell'Unione europea** (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

7. L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 2, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. **(dubbia la possibilità di non valutare l'elemento prezzo)**

Schema di linee guida ANAC sull'OEPV

Schema di linee guida ANAC sull'OEPV

Formula legittima (lineare interdipendente)

$$V_{ai} = R_a / R_{max}$$

dove:

V_{ai} = Coefficiente della prestazione dell'offerta (a) rispetto al requisito (i), variabile tra 0 e 1

R_a = Valore (ribasso) offerto dal concorrente a

R_{max} = Valore (ribasso) dell'offerta più conveniente

D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Schema di Linee Guida ANAC sull'OEPV

Mediante le indicazioni contenute nell'art. 95 **viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione** che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica.

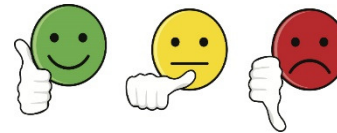
Requisiti di natura soggettiva nella valutazione delle offerte possono essere introdotti quando questi permettono di valutare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o per premiare il concorrente che presenta determinati requisiti ritenuti particolarmente meritevoli.



D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Art. 83, comma 10, del D.lgs 50 del 2016

10. E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del **rating di impresa** e delle relative penalità e premialità, da applicarsi **ai soli fini della qualificazione delle imprese**, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione.

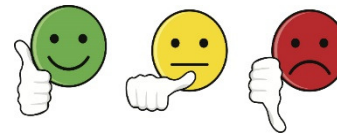


L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante **linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice.**

D.Lgs 50 del 2016 «Nuovo codice dei contratti pubblici»

Consiglio di Stato, Parere del 1 aprile 2016

In relazione al comma 6, lettera a) dell'art. 95, valuterà il Governo se sia congruo aver contemplato il c.d. **'RATING DI LEGALITÀ'** fra gli elementi che contribuiscono a comporre il criterio dell'OEPV. Infatti, si tratta di un elemento che attiene alla sfera soggettiva dell'impresa la cui valenza è limitata all'ammissione alla gara), sicché non sembra che lo stesso possa essere utilizzato anche ai fini valutativi.



Art. 95, comma 13, del D.lgs 50 del 2016

13. Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i **CRITERI PREMIALI** che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione.

OEV e ristretti limiti alla discrezionalità da concedere alla Commissione secondo l'ANAC

ANAC, Determinazione del 24 novembre 2011 n. 7

- ✓ il bando deve dettagliare i criteri ed i punteggi in modo **da lasciare margini di discrezionalità ristretti alla commissione**, la quale, nella sostanza, **deve operare solo in modo VINCOLATO**, avendo cura di assegnare per quel "criterio" uno specifico e determinato punteggio corrispondente alla definizione dell'offerta.
- ✓ essi devono essere previsti in modo dettagliato, precisando quale caratteristica deve essere presente nell'offerta per attribuirle il coefficiente 1,00 e quale deve essere presente per attribuirle il coefficiente 0,60 e così via.



OEV e ristretti limiti alla discrezionalità da concedere alla Commissione secondo l'ANAC

Schema di Linee Guida ANAC sull'OEVP

Il capitolato e il progetto, **per quanto possibile**, devono essere **estremamente dettagliati e precisi**, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione in modo chiaro e definendo, in modo altrettanto chiaro, **I LIVELLI QUALITATIVI AI QUALI CORRISPONDONO I PUNTEGGI**, affinché la commissione di gara si limiti ad accertare la corrispondenza tra punteggio e livello predefinito.

Nel caso in cui si scelga di attribuire i coefficienti con il criterio del **confronto a coppie**, la specificazione del criterio motivazionale può essere **meno dettagliata**, in quanto il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara.

Come indicato al comma 8 dell'art. 95 del Codice, può essere opportuno, specie qualora il criterio sia caratterizzato da più aspetti da valutare separatamente l'uno dall'altro, che lo stesso sia **diviso in più sub criteri**, ciascuno con il proprio sub punteggio.



OEV ed i più ampi limiti alla discrezionalità da concedere alla Commissione secondo CDS

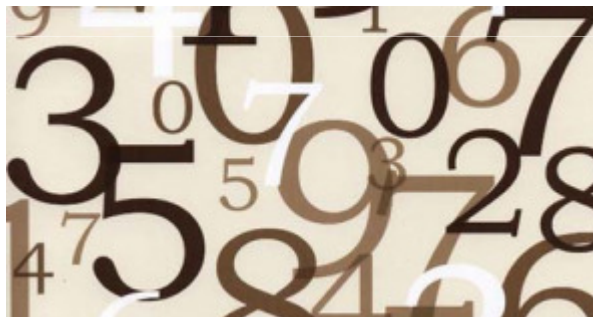
Consiglio di Stato, Sezione III, 27 settembre 2012 n. 5111

- non è detto (e non sarebbe neppure concepibile) che i criteri debbano essere così precisi e dettagliati da risultare vincolanti, escludendo ogni margine di discrezionalità della commissione. D'altra parte non esiste un modello tassativo e vincolante per la formulazione dei criteri.
- *l'indicazione dei criteri contenuta nel bando non può essere (e comunque può non essere) tanto minuziosa da esaurire ogni margine di discrezionalità, tanto da rendere vincolata l'attività della commissione*

OEV ed i più ampi limiti alla discrezionalità da concedere alla Commissione secondo CDS

Consiglio di Stato, Sezione III, 7 marzo 2016 n. 921

Nelle gare pubbliche il **PUNTEGGIO NUMERICO** assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta **economicamente** più **vantaggiosa** integra una sufficiente **motivazione** a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo (cfr. Cons. Stato, III, n. 112/2016, n. 5717/2015 e n. 4698/2014; V, n. 5450/2015).



La discrezionalità tecnica ed il sindacato debole

Consiglio di Stato, Sezione IV, 8 ottobre 2012 n. 5209

Si definisce con l'espressione di "**sindacato debole**" il giudizio espresso dal giudice amministrativo su provvedimenti che esprimono una **discrezionalità tecnica** riconosciuta in determinate materie alla Pubblica Amministrazione, ponendo in tal modo un limite alla statuizione finale resa dal giudice medesimo, il quale,

**dopo aver accertato in modo pieno i fatti
ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto**

dall'Autorità

in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo,

anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere; ossia, in sostanza il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato



Il contenzioso anche riguardo alle valutazioni tecniche viene scoraggiato dal *rating di impresa*

Schema di linee guida ANAC sui criteri di reputazionalità delle imprese

3. Incidenza del Contenzioso

Con riferimento al criterio di cui al punto 3, si ritiene che la previsione debba avere una lettura costituzionalmente orientata che salvaguardi il diritto alla difesa in giudizio (art. 24). A tal fine si **prenderà in considerazione il contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrale con esito negativo** (dando valenza aggiuntiva ai casi di inammissibilità per manifesta infondatezza, improcedibilità per carenza di interesse e lite temeraria).