

Giornata di formazione e aggiornamento *I contratti pubblici*,
Firenze, Palazzo degli Affari, Piazza Adua 1, Martedì 5 giugno 2012

**Criteria di selezione delle offerte
e verifica delle offerte anormalmente basse**

Avv. Andrea Mozzati

SCHEDA DI SINTESI

1. La disciplina sui criteri di selezione delle offerte è contenuta nelle direttive nn. 17 (art. 55) e 18/2004 (art. 53), nonché negli artt. 81, 82 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 e 118, 119, 120 e 283 del d.p.r. n. 207/2010.

2. La scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, la quale deve individuare quello "*più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto*" (art. 81, d.lgs. n. 163).

Tale decisione non richiede una specifica motivazione (Cons. Stato. Sez. V, 26/2/2010, n. 1154) ed è sindacabile esclusivamente nei casi di manifesta illogicità, inadeguatezza o travisamento (Cons. Stato, Sez. V, 3/12/2010, n. 8408; T.A.R. Liguria, Sez. II, 15/12/2011, n. 1841; T.A.R. Umbria, Sez. I, 1/12/2011, n. 389).

L'utilizzazione del criterio del prezzo più basso – in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa – appare doverosa qualora "*non vi siano dubbi sulle caratteristiche qualitative*" della prestazione messa in gara "*atteso che la puntuale individuazione dell'oggetto della fornitura appare di per sé in grado di evitare il verificarsi di fenomeni distorsivi della concorrenza*" (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 4/1/2011, n. 1).

Pertanto, il suddetto criterio va applicato nell'ipotesi in cui la *lex specialis* non lasci margini di definizione dei contenuti dell'appalto in capo all'offerente, ma, al contrario, ne definisca puntualmente ogni aspetto (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I ter, 24/1/2011, n. 706).

3. Il criterio del prezzo più basso è disciplinato dall'art. 82 del d.lgs. n. 163 e dagli artt. 118 e 119 (per gli appalti di lavori) e 283, comma 4 (per gli appalti di forniture e servizi) del d.p.r. n. 207.

Il prezzo più basso è determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi predisposto dalla stazione appaltante ovvero attraverso l'offerta a prezzi unitari.

Nel primo caso, l'appalto viene aggiudicato al concorrente che abbia presentato il massimo ribasso percentuale (calcolato sull'elenco dei prezzi unitari per i contratti da stipulare a misura e sull'importo dei lavori per i contratti da stipulare a corpo).

Nel secondo caso, invece, i concorrenti devono offrire i prezzi unitari relativi a ciascuna lavorazione/prodotto/attività indicato dalla stazione appaltante.

4. L'offerta economicamente più vantaggiosa è disciplinata dalle direttive nn. 17 (art. 55) e 18/2004 (art. 53), nonché dagli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 163/2006 e 120 (per gli appalti di lavori) e 283, commi 1, 2 e 3 (per gli appalti di forniture e servizi) del d.p.r. n. 207/2010.

4.1. La determinazione dei criteri di valutazione delle offerte è demandata alla stazione appaltante che deve esplicitarli in maniera esaustiva nella *lex specialis*.

Sul punto il giudice europeo¹ ha, in varie occasioni, puntualizzato che i criteri di valutazione devono essere:

- collegati all'oggetto dell'appalto;
- specifici;
- indicati nel bando e/o documenti di gara affinché siano noti a tutti i concorrenti;
- conformi ai principi del Trattato U.E. (parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza).

L'elencazione dei parametri di valutazione – contenuta nell'art. 83 – è esemplificativa, ben potendo la stazione appaltante modulare i criteri sulla base delle caratteristiche e dell'oggetto del contratto, nel rispetto dei canoni generali di ragionevolezza e dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

4.2. La disciplina interna non sembra perfettamente allineata a quella europea.

4.2.1. In primo luogo, in base ad un consolidato orientamento della Corte di Giustizia (24/1/2008, in causa C-532/06; 19/6/2003, in causa C-315/01) e della Commissione Europea, tra i criteri di valutazione non è consentito ricomprendere requisiti soggettivi di ammissione alla gara, come le certificazioni di qualità aziendale, la SOA, l'esperienza professionale acquisita, il fatturato globale, le referenze per servizi analoghi, ecc..

Al riguardo, tuttavia, va segnalato un orientamento maggiormente flessibile della giurisprudenza interna, che ha ammesso la deroga alla sopra riferita regola in fattispecie nelle quali la stazione appaltante abbia ritenuto di considerare profili di organizzazione soggettiva del concorrente (Cons. Stato. Sez. VI, 15/12/2010, n. 8933), quali – ad esempio – la struttura aziendale (Cons. Stato, Sez. V, 12/6/2009, n. 3716) e/o il "*valore qualitativo dell'impresa*" (Cons. Stato, Sez. VI, 9/6/2008, n. 2770).

4.2.2. In secondo luogo, il diritto europeo non sembra impedire alla stazione appaltante di determinare – dopo la ricezione delle offerte e prima della loro apertura – la specificazione dei parametri di valutazione delle offerte.

In particolare, nella decisione 24/11/2005, causa C-331/04, la Corte di Giustizia ha affermato che direttive europee non ostano a che "*una Commissione di gara attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice*". L'esercizio di tale facoltà è stato ammesso "*purché una tale decisione:*

- *non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'onori o nel bando di gara;*
- *non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;*
- *non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti*".

¹ V. tra le altre Corte Giustizia, 24/1/2008, in causa C-532/06; 24/11/2005, in causa C-331/04; 4/12/2003, in causa C-448/01; 12/12/2002, in causa C-470/99; 12/9/2002, in causa C-513/99 e 16/9/1999, in causa C-27/98.

La menzionata sentenza è stata sostanzialmente confermata dalla decisione 24/1/2008, in causa C-532/06 (che ha, invece, ritenuto illegittima la fissazione da parte della Commissione dei coefficienti di ponderazione relativi ai criteri di valutazione indicati nel bando e dei sottocriteri).

L'orientamento del legislatore interno (v. art. 83, d.lgs. n. 163; artt. 120 e 283, d.p.r. n. 207) è, invece, nel senso di richiedere la determinazione nella *lex specialis* dell'intera griglia di valutazione (senza lasciare spazio – di regola – ad alcun intervento integrativo da parte della Commissione). Tant'è vero che, a seguito della modifica all'art. 83 del d.lgs. n. 163 ad opera del d.lgs. n. 152/2008², la Commissione non può neppure specificare i criteri motivazionali per l'assegnazione dei punteggi.

4.2.3. In terzo luogo, il diritto europeo non pare escludere la valutazione discrezionale della stazione appaltante nell'assegnazione dei punteggi.

Per contro, è riscontrabile una tendenza dell'ordinamento interno ad "oggettivizzare" la valutazione attraverso l'utilizzazione di sotto-parametri rigidi di attribuzione dei punteggi.

4.3. L'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 163, consente anche la fissazione di una soglia minima di sbarramento per accedere alla fase di apertura delle offerte economiche.

Circa le modalità per l'assegnazione dei punteggi, per quanto riguarda i lavori, l'art. 120, comma 2, d.p.r. n. 207 rinvia alle formule di cui all'allegato "G"; per ciò che attiene, invece, ai servizi e alle forniture l'art. 283, comma 2 richiama l'allegato "P".

4.4. Gli artt. 120 e 283 del d.p.r. n. 207 sono stati recentissimamente integrati dal decreto legge 7/5/2012, n. 52, il quale (art. 12) ha stabilito che "*La Commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti*".

È stato in tal modo recepito l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28/7/2011, n. 13, secondo cui la regola dell'apertura in seduta pubblica "*costituisce corretta applicazione dei principi comunitari e di diritto interno ... in materia di trasparenza e pubblicità nelle gare ... e, come tale, merita di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica*".

L'intervento del legislatore si è reso necessario in quanto la precedente formulazione delle norme regolamentari poteva essere letta nel senso di consentire alla Commissione l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta non pubblica.

Le nuove disposizioni si applicano "*alle procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto*" (avvenuta l'8/5/2012).

5. La disciplina delle offerte anomale è contenuta nelle direttive nn. 17 (art. 57) e 18/2004 (art. 55), nonché negli artt. 86 – 89 (appalti sopra-soglia) e 122 e 124 (appalti sotto-soglia) del d.lgs. n. 163/2006, oltre che negli artt. 121 e 283 del d.p.r. n. 207/2010 (relativi, rispettivamente, agli appalti di lavori, la prima, e di forniture e servizi la seconda).

² L'art. 1, comma 1, lett. u, d.lgs. n. 152/2008 ha modificato l'art. 83, d.lgs. n. 163 eliminando il terzo periodo del comma 4, il quale prevedeva che "*La Commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando*".

L'ultima modifica normativa risale al 2011 e ha riguardato la dibattuta questione dell'esclusione automatica negli appalti sottosoglia.

In particolare, l'art. 4 della legge 12/7/2011, n. 106 – che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 13/5/2011, n. 70 (c.d. Decreto Sviluppo) – ha aggiunto all'art. 253 del d.lgs. n. 163 il comma 20-bis, in base al quale "*Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2013 le disposizioni di cui agli articoli 122, comma 9, e 124, comma 8, [sopra menzionati] per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28*".

Conseguentemente, sono state innalzate le soglie che consentono alle stazioni appaltanti di avvalersi, seppure per un periodo transitorio, di escludere automaticamente le offerte anomale.

Detto metodo, infatti, potrà essere utilizzato per i lavori di importo inferiore a euro 4.845.000 (art. 28, lett. c, d.lgs. n. 163/2006) e per i servizi e forniture di importo inferiore a euro 125.000 – se le stazioni appaltanti sono autorità governative centrali – o euro 193.000 negli altri casi (art. 28, lett. a e b, d.lgs. n. 163/2006).

5.1. La novella sembra muoversi in controtendenza rispetto all'orientamento della Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto che l'esclusione automatica, pur riguardando le gare sottosoglia, si pone in contrasto con i principi di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e di non discriminazione, sanciti dal Trattato dell'Unione Europea, sicché può essere disposta soltanto per i contratti "*privi di interesse transfrontaliero certo*" (sentenza 15/5/2008, cause C-147/06 e C-148/06, *Secap/Comune Torino*, punto 24).

È necessario, quindi, che la disposizione in questione venga interpretata e applicata in maniera il più possibile conforme alla disciplina europea.

L'esclusione automatica può, pertanto, essere prevista soltanto qualora le amministrazioni ritengano che il contratto non rivesta un "*interesse transfrontaliero certo*".

La natura transfrontaliera di un determinato contratto non è individuabile sulla base di parametri definiti, avendo la Corte di Giustizia fatto riferimento – come si è detto – a indici generici, quali "*il valore stimato, la tecnicità o l'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse degli operatori esterni*", ecc. (v. punto 24 della sentenza 15/5/2008).

Per contro, il legislatore non si è preoccupato di fissare parametri chiari ai fini dell'individuazione dell'"*interesse transfrontaliero*".

Anche se, a ben vedere, non è escluso che detti parametri vengano stabiliti proprio dalle stazioni appaltanti.

Sul punto, occorre richiamare il passaggio (punto 31) della motivazione della sentenza *Secap* nel quale la Corte di Giustizia ha precisato che "*una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero*".

Ad esempio, potrebbe essere il Regolamento contratti o altro atto interno di carattere generale della stazione appaltante a supplire alle lacune del nostro legislatore e ad individuare i "*criteri oggettivi*" occorrenti per definire cosa si intenda per appalto di interesse transfrontaliero.

5.2. Ulteriori approfondimenti sulle offerte anomale verranno svolti nel corso dell'intervento.