



Giurisprudenza

n. 11 - 2019 [25612]

REDAZIONE - Approfondimento tematico 4 novembre 2019, n. 98

I criteri di aggiudicazione del contratto e le opere aggiuntive ex art. 95, comma 14bis, d.lgs. n. 50/2016.

(Nota a T.A.R. Molise 14 ottobre 2019, n.340 – Pres. Silvestri, Est. Giancaspro)

a cura di Agostino Sola

Sommario: 1. Il fatto - 2. L'evoluzione normativa in tema di valutazione delle offerte: il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. - 3. La portata del comma 14bis dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 nella giurisprudenza amministrativa.

1. Il fatto.

Veniva indetta una procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa per la realizzazione di lavori volti ad ottenere il miglioramento sismico di una infrastruttura a ponte, già destinata a parcheggio, valorizzandone allo stesso tempo la funzionalità complessiva e l'aspetto estetico.

Nella determinazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, la stazione appaltante intendeva valorizzare gli interventi solo con riferimento al dato strutturale ed alla sicurezza dei lavori, ma anche le offerte migliorative aventi ad oggetto “il miglioramento architettonico e di fruizione dell'opera” e finalizzate “all'aumento del livello qualitativo sia nei confronti dell'aspetto estetico ed architettonico, rapportato al contesto urbano, che della fruibilità in funzione della sua specifica destinazione d'uso”.

Nel bando si prevedeva la possibilità di ammettere offerte in variante – pur nei limiti specificati per l'offerta tecnica -, fermo restando in capo all'aggiudicatario il mantenimento di tutti gli oneri, diretti ed indiretti, dall'esecuzione delle stesse varianti. Era altresì previsto che eventuali proposte migliorative, intese quali miglioramento qualitativo dell'opera posta a base di gara, non sarebbero state configurate come varianti sostanziali al progetto posto a base di gara.

La S.r.l. F., all'esito delle operazioni di gara, veniva individuata dalla stazione appaltante quale aggiudicataria. Avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva, la S.r.l. E, in qualità di terza classificata nella graduatoria di gara, proponeva ricorso lamentando la violazione del divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, del d.lgs. 50/2016 nella parte in cui sono state positivamente valutate le offerte presentate nella parte in cui si prevedeva la realizzazione di opere ulteriori rispetto al progetto di gare. Nel caso di specie la ricorrente, con un'unica ed articolata censura, aveva denunciato che le ditte collocate ai primi due posti della graduatoria di gara avrebbero previsto nelle proprie offerte la realizzazione di opere aggiuntive rispetto ai lavori oggetto dell'appalto, consistenti nel risanamento strutturale ai fini del miglioramento sismico di un ponte di importanza strategica, avendo rispettivamente proposto la realizzazione “di un parcheggio pubblico sottostante l'impalcato con

bacheche informative di metallo, fioriere, illuminazione”, nonché “di un parco e di un parco giochi con pavimentazione e allestimenti di varia natura”.

L'aggiudicataria si è costituita in giudizio proponendo ricorso incidentale lamentando che, ove fosse stata condivisa la prospettazione della ricorrente principale, anch'essa sarebbe incorsa nella simmetrica violazione della norma per aver offerto la realizzazione di opere non previste dagli atti di gara.

Il TAR Molise rigetta il ricorso sull'assunto che le soluzioni progettuali presentate, non potendo essere qualificate alla stregua di un'opera aggiuntiva rispetto a quella descritta dal progetto esecutivo, devono considerarsi quale migliore coerente con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante. In particolare, il TAR Molise provvede ad una attenta definizione della nozione di opera aggiuntiva da intendersi quale qualsiasi intervento suscettibile di modificare in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale: elementi accessori volti ad implementare la funzionalità dell'opera e a valorizzarne l'aspetto estetico e la fruibilità non possono essere considerate opere aggiuntive.

2. L'evoluzione normativa in tema di valutazione delle offerte: il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Sin dalle direttive di prima generazione in tema di appalti pubblici[1], i criteri di individuazione dell'offerta migliore e -quindi, di aggiudicazione dell'appalto[2]- a disposizione delle stazioni appaltanti sono determinati nel criterio del prezzo più basso ed in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'evoluzione della disciplina è stata oggetto di numerosi interventi legislativi originati dalle istanze proprie del diritto europeo di tutela della concorrenza, della libera circolazione delle persone e delle merci, di libera prestazione dei servizi a tutela del diritto di libertà di stabilimento e del divieto di discriminazione in base alla nazionalità e di restrizione alle importazioni.

In attuazione delle direttive di prima generazione, è stata introdotta nell'ordinamento nazionale la l. n. 584/1977, pur non facendo venir meno, per i contratti sotto la soglia di rilevanza comunitaria, il *corpus* normativo delle leggi di contabilità di Stato (r.d. 2440/1923). Il criterio di aggiudicazione era indifferentemente individuato nel prezzo più basso ovvero in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Successivamente, la legge Merloni (l. n. 109/1994)[3], ispirata ad esigenze di prevenzione della corruzione in risposta ai fenomeni emersi in tale periodo storico[4], nella disciplina dei criteri di valutazione delle offerte impose una forte limitazione dell'autonomia e della discrezionalità delle stazioni appaltanti[5]. Ecco che, dunque, il legislatore, diversamente da quanto previsto a livello comunitario, individuava quale criterio ordinario di selezione delle offerte quello del prezzo più basso, consentendo il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ipotesi eccezionali e tassative[6], nella convinzione che in questo modo, la discrezionalità delle stazioni appaltanti si sarebbe ridotta e con essa i fenomeni corruttivi.

Intervengono poi le direttive di terza generazione,[7] recepite in Italia con il d.lgs. n. 163/2006, con il quale si abbandona definitivamente, lo sfavore ed il sospetto verso il criterio semiautomatico di aggiudicazione del prezzo più basso e si riafferma la sostanziale pari dignità dei due sistemi: la scelta[8] tra il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa viene rimessa alle singole stazioni appaltanti[9].

L'intervento del legislatore europeo con le direttive di quarta generazione[10], modificando nuovamente il criterio di aggiudicazione, *al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici*[11] ha stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa[12].

Il successivo d.lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice sui contratti pubblici, recependo la normativa europea, ha individuato quale regola generale il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita (art. 95, comma 2 d. lgs. n. 50/2016). L'unica ipotesi eccezionale[13] in cui è ammessa la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere al criterio del prezzo più basso è quella di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera (art. 95, comma 4, d.lgs. n. 50/2016).[14]

L'idea sottesa al nuovo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è che la stazione appaltante non badi esclusivamente a un risparmio sui costi – secondo un'impostazione meramente contabile, ormai superata – ma consideri anche la qualità dell'oggetto del contratto[15]. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mira a regolare un bilanciamento tra costo e qualità e la gara è considerata come il modo più idoneo per garantire queste due esigenze.[16]

La stazione appaltante, però, nella valutazione delle offerte non gode di un potere di scelta illimitata, ma, al contrario, è chiamata alla valorizzazione di quegli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto: nella fase del disegno della gara la stazione appaltante deve individuare concretamente i propri

obiettivi (di regola molteplici), attribuire un peso relativo a ciascuno di essi, definire le modalità attraverso cui viene valutato il grado di adeguatezza di ciascuna offerta rispetto al singolo obiettivo, nonché sintetizzare le informazioni relative a ciascuna offerta in un unico valore numerico finale.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non mira solamente alla tutela della concorrenza ma si configura quale strumento utile per il perseguimento di ulteriori valori rilevanti quali la tutela dell'ambiente, l'occupazione e l'innovazione scientifica e tecnologica.[17]

L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere valutata, da un lato, avendo riguardo al miglior rapporto qualità/prezzo, secondo i criteri individuati dalla stazione appaltante e connessi con l'oggetto dell'appalto[18], dall'altra anche sulla base di un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita. L'elemento economico, dunque, può essere valutato sia in termini di prezzo o di costo[19].

L'introduzione dell'innovativo criterio del rapporto tra costo/efficacia e costo del ciclo di vita deriva dalla dir. 2014/24/UE[20], art. 68, ed è stato recepito dal legislatore interno all'art. 96 del d.lgs. n. 50/2016.

Nella valutazione del concetto di costo del ciclo di vita si ricomprendono tutti i costi, o parti di essi, relativi all'acquisizione, all'utilizzo - consumo di energia e altre risorse-, alla manutenzione, alla dismissione - costi di raccolta e riciclaggio, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro oggetto del contratto. Oltre ai costi immediatamente derivanti dall'oggetto del contratto, il legislatore europeo ha mostrato una particolare sensibilità anche verso le esternalità ambientali legate all'oggetto del contratto, imputando nel concetto di costi del ciclo di vita eventuali costi di emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Una volta che l'amministrazione abbia determinato quali siano i parametri di valutazione e ponderazione dell'offerta, la stessa valutazione delle offerte tecniche costituisce, per unanime giurisprudenza[21], espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta.

3. La portata del comma 14bis dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 nella giurisprudenza amministrativa.

L'art. 95, comma 14bis, del d.lgs. 50/2016 preclude la possibilità di attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, qualora gli appalti siano aggiudicati secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La disposizione in esame, dunque, non sanziona con l'esclusione dalla gara chi abbia proposto opere aggiuntive rispetto a quelle oggetto di gara, ma si rivolge alla stazione appaltante, precludendo l'attribuzione di un apposito punteggio.

Il comma 14bis è stato introdotto ad opera del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. La giurisprudenza amministrativa[22] ha avuto modo di chiarire come la ratio ispiratrice della novella legislativa debba individuarsi nell'intenzione di evitare che l'aggiudicazione possa essere disposta premiando elementi di carattere avulso rispetto al *proprium* della procedura indetta sulla base del progetto esecutivo (come di regola avviene ai sensi dell'art. 59 del Codice), evitando così che l'operatore economico alteri i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* con proposte che si traducano in una diversa ideazione del contratto in senso alternativo rispetto a quanto voluto dalla stazione appaltante, e che potrebbero rivelarsi lesive del principio di economicità di esecuzione ovvero di qualità della prestazione principale.

Fermo restando la possibilità di introdurre opere aggiuntive in sede di presentazione delle offerte, la finalità del comma 14bis è, dunque, quella di escludere dalla valutazione della commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio quelle opere che rappresentino prestazioni diverse, estranee ed ulteriori rispetto a quelle richieste e indicate nel capitolato speciale. La disposizione in esame, infatti, non vieta di premiare le varianti migliorative delle modalità esecutive delle prestazioni richieste[23].

La sentenza in commento offre poi una definizione di opera aggiuntiva quale qualsiasi intervento che modifichi in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale, laddove invece, gli accorgimenti progettuali volti alla valorizzazione ed alla implementazione dell'opera in senso estetico e/o prestazionale, che non ne modifichino sostanzialmente identità e dimensioni, devono essere sussunti nel *genus* delle migliorie e/o della varianti, e come tali sono compatibili con il divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016, purché contenuti nei limiti stabiliti dalla *lex specialis*.

L'inserimento di elementi accessori, sotto il profilo quantitativo e del relativo valore economico, che consentono di implementare la funzionalità dell'opera, valorizzandone l'aspetto estetico e la fruibilità da parte della collettività, in linea con le esigenze e gli obiettivi della stazione appaltante, non può essere qualificato alla stregua di opere aggiuntive e, per l'effetto, non soggiace al divieto posto all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016.

Si rileva anche che l'art. 95, comma 14 bis, secondo recente giurisprudenza[24], sarebbe applicabile solo alle procedure di gara per l'affidamento di lavori e non già anche a quelle per l'aggiudicazione di servizi non anche in tema di servizi e forniture in ragione dell'utilizzo del termine "opere" in combinato disposto con l'art. 3 del d.lgs.

una di servizi e forniture in ragione dell'ambito del termine "opere", in conformità disposto con l'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, recante le definizioni dei termini impiegati nell'intero decreto, secondo il quale, al comma 1, lett. pp), si specifica che per opera deve intendersi "il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica".

Sul tema la giurisprudenza ha precisato^[25] come le "soluzioni migliorative" si esplichino con riferimento a tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; laddove, invece, le varianti, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, andando così a costituire un'opera distinta rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentita^[26].

[1] Il riferimento è, in particolare, alla direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971, avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici di importo superiore al miliardo di lire e alla successiva direttiva 72/277/CEE del 26 luglio 1972 relativa alle modalità e alle condizioni di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici. In particolare, i criteri di aggiudicazione dell'appalto erano disciplinati dall'art. 29 della direttiva 71/305/CEE.

[2] Secondo la risalente disciplina contenuta nell'art. 16 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, "i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto". Ed infatti, si sostiene che l'aggiudicazione contenga in sé una duplice vocazione: la prima, di costituire l'atto terminale del procedimento di scelta del contraente secondo l'accertamento dell'offerta migliore; la seconda, di manifestazione della volontà della stazione appaltante alla costituzione del rapporto giuridico. Sul tema si richiama A. Cianflone, G. Giovannini, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Milano, XIII ed., 2018, p. 1428.

[3] Disciplina emanata in attuazione delle direttive di seconda generazione (dir. 88/295/CEE e dir. 89/440/CEE).

[4] Il riferimento è alle note vicende di Tangentopoli.

[5] Discrezionalità che la precedente disciplina individuava, *in primis*, nell'individuazione degli elementi da valorizzare in sede di presentazione delle offerte e nella successiva valutazione delle offerte rimessa alla discrezionalità, pur sempre tecnica, delle stazioni appaltanti. Viene così meno la precedente alternatività dei due modelli di aggiudicazione dell'offerta.

[6] L'art. 21, comma 2, della l. n. 109/1994 ammetteva l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solamente degli appalti mediante appalto-concorso nonché l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata.

[7] Dir. 18/2004/CE e 17/2004/CE nelle quali, per quanto di interesse, si riscontra una maggior attenzione del legislatore europeo alle esigenze ambientali e sociali da valorizzare nella fase di valutazione delle offerte.