

Appalti: sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa  
Articolo di Valentina Bonomi 21.03.2005

Note in merito alla possibilità per una stazione appaltante di aggiudicare un appalto di lavori pubblici di cui all'art. 21 della legge n. 109/1994 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche laddove il valore dell'appalto sia inferiore alla soglia comunitaria.

[Avv. Valentina Bonomi](#)

1. - La Corte di Giustizia Europea ha di recente<sup>1</sup> emanato una sentenza interpretativa sulla compatibilità della disciplina italiana (legge quadro in materia di appalti di lavori pubblici n.109/1994) con il diritto comunitario ed in particolare con l'art.30 della Direttiva del Consiglio 14.6.1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

I giudici europei hanno in particolare stabilito che *"la normativa comunitaria osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga - in termini generali ed astratti - alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso"* (art.21, comma 1° legge n.109/1994), non ammettendo anche l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio previsto nelle sole ipotesi di appalto-concorso e di concessione di costruzione e gestione dei lavori pubblici (art.20, co. 2° e 4°, legge 109/1994).

La *" fissazione da parte del legislatore italiano 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"* (cfr. punto 40 della sentenza oggetto di esame).

Infatti la stazione appaltante, essendo legata alla scelta dell'offerta che presenta il prezzo più basso, non sembra essere in grado di poter liberamente valutare altri aspetti connessi al progetto (caratteristiche tecniche, termine di esecuzione, modi di realizzazione, costo di utilizzazione, redditività).

La disciplina dettata dalla Direttiva n.93/37/CEE attribuisce alle amministrazioni la facoltà di scelta tra procedure aperte, procedure ristrette e procedure negoziate, disponendo testualmente al successivo art.30 che i criteri sui quali l'Amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'attribuzione dell'appalto sono: *" o unicamente il prezzo più basso"; "o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto"*; ad esempio, il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico."

L'art.21, comma 1°, della legge n.109/1994 - diversamente da quanto prevede l'art.30 della suddetta direttiva - esclude radicalmente che possa essere adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tale disposizione prevede infatti che *"l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata venga effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato:*

a) *per i contratti da stipulare a misura, mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara o mediante offerta a prezzi unitari, anche se riferiti a sistemi o sub-sistemi di impianti tecnologici;*

b) *per i contratti da stipulare a corpo, mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara o mediante offerta a prezzi unitari;*

c) *per i contratti da stipulare a corpo e a misura, mediante l'offerta a prezzi unitari".*

Il legislatore nazionale, con l'introduzione di tale norma nella disciplina degli appalti pubblici, ha inteso sottrarre alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di stabilire criteri diversi da quelli del prezzo più basso, nella convinzione che meccanismi automatici di aggiudicazione assicurassero la massima trasparenza delle operazioni concorsuali.

Ridurre la discrezionalità della S.A. nell'aggiudicazione dell'appalto ad una mera analisi dei prezzi proposti dalle imprese offerenti, come imposto dall'art.21, 1° comma, della legge 109/1994, costituirebbe un ostacolo alla selezione della migliore offerta possibile e si porrebbe pertanto in palese contrasto con l'art.81 del Trattato CE, che esige che ogni offerta sia valutata in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto tra le offerte stesse.

Può quindi affermarsi che solo l'art.30 cit. (e non anche l'art.21 legge 109/1994) costituisce applicazione del principio della libera concorrenza di cui all'art.81 del Trattato, atteso che la possibilità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare alternativamente il criterio del prezzo più basso o il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sembrerebbe consentire una concorrenza non solo di prezzi ma anche di altri fattori.

Al riguardo è opportuno ricordare come l'art.21 della legge n.109/1994, in seguito ad altra sentenza della Corte di Giustizia Europea<sup>2</sup>, sia stato già giudicato in contrasto con la normativa comunitaria ed in base a tale conflitto normativo siano state poi recepite le indicazioni dei giudici europei e l'art.21 è stato modificato dalla L. 1.8.2002, n.166.

In particolare con l'inserimento nell'art.21 del 1° comma - ter è stato previsto che *"l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata può essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa...nel caso di importo superiore alla soglia comunitaria, in cui per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore".*

Tale disposizione, pur recependo i principi espressi dai giudici comunitari, non contiene tuttavia alcun richiamo agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

E' evidente come - anche a seguito della modifica dell'art.21, introdotta dalla legge n.166/2002 - permanga la violazione della direttiva europea 93/37, come accertata dalla Corte di Giustizia.

2. - Il vincolo sul piano delle scelte amministrative all'applicazione della sola regola del prezzo più basso, che integra un *"vulnus"* all'ordinamento comunitario, potrà giustificare la disapplicazione della norma nazionale vigente non conforme a quella comunitaria, nella parte in cui l'art.21 della legge 109/1994 limita la facoltà di scelta dell'Amministrazione aggiudicatrice ai soli appalti sopra la soglia comunitaria?

Per poter compiutamente cercare di fornire eventuale soluzione alla problematica *"de quod"*, appare opportuno soffermarsi sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale in relazione ai rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale.

La Consulta con una serie di pronunce è passata da asserzioni decisamente contrastanti con le posizioni comunitarie ad una totale accettazione del principio del primato del diritto comunitario su quello interno.

Con sentenza n.14 del 7.3.1964 la Corte Costituzionale escludeva la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ritenendo che il rapporto tra norme comunitarie e norme interne fosse di equiordinazione; di qui l'applicazione del principio generale della successione delle leggi nel tempo, con la possibilità di modifica della legge comunitaria da parte di una norma nazionale successiva.

Successivamente con sentenza n.183 del 1973 (che trova un suo sviluppo più chiaro nella sentenza n.232 del 1975) la Corte Cost., dopo aver riconosciuto per la prima volta l'efficacia diretta dei regolamenti comunitari, delle direttive nonché delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, approdava al riconoscimento del principio di primazia del diritto comunitario sul diritto interno.

Con sentenza n. 170 del 1984, che ha segnato una svolta nei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale, la Consulta ha riconosciuto doversi rinvenire nel meccanismo della disapplicazione delle norme interne il criterio cui ricorrere per risolvere contrasti con norme comunitarie incompatibili.

Al riguardo si precisa che ove operi il meccanismo della disapplicazione, la norma resta temporaneamente incapace di trovare applicazione, in quanto il suo terreno è stato occupato da una norma comunitaria rispetto alla quale la norma nazionale deve ritrarsi, con la conseguenza che il giudice così come la P.A.<sup>3</sup>, dovranno considerarla *tamquam non esset*.

Il meccanismo della disapplicazione della norma interna anticomunitaria è stato attuato di recente anche dalla giurisprudenza amministrativa<sup>4</sup>.

Di rilevante importanza appare inoltre quanto è stato affermato dalla Corte Cost. con sentenza n.113 del 23.4.1985, in cui si legge: *"la norma comunitaria entra e permane in vigore nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità"*.

Questo principio vale non solo per la disciplina prodotta dagli organi della CEE mediante regolamenti, ma anche per le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia Europea.

Ora se è vero che una sentenza della Corte di Giustizia fa stato solo nella controversia in cui è stata emessa, è altrettanto vero che essa ha comunque efficacia di precedente, cui può ben farsi riferimento nella decisione di questioni analoghe.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sembra potersi affermare che la pronuncia della Corte di Giustizia Europea, oggetto di attenzione, "impone" di disapplicare la normativa interna e cioè l'art.21 della 109/1994, nelle parti in cui la stessa, limitando ingiustificatamente il diritto di opzione delle singole Amministrazioni aggiudicatrici per l'uno o per l'altro criterio di aggiudicazione, risulta in evidente contrasto con il diritto comunitario e comporta l'applicazione diretta delle prescrizioni europee in piena conformità della primazia e dell'efficacia diretta delle norme comunitarie.

Se allora la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 7.10.2004 C- 247/02 è immediatamente esecutiva per quanto attiene agli appalti superiori alla soglia comunitaria, per le gare al di sotto di tale soglia sarà necessario attendere un intervento del legislatore italiano che conformi la nostra legge a quanto dispone l'art.81 del Trattato CE sulla libera concorrenza?

E' evidente che l'urgenza di un intervento da parte del Governo italiano e delle Regioni trova la sua ragion d'essere nel fatto che la norma nazionale (art.21 della legge n.109/1994) prevede una differente disciplina per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e per gli appalti inferiori a tale soglia, finendo quindi per garantire ingiustificatamente una maggiore o minore tutela della concorrenza solo in base al maggiore o minore valore dell'appalto.

Presso la Regione Piemonte esiste un disegno di legge regionale n.504 dal titolo "Legge generale in materia di lavori pubblici", che sembra essere in qualche modo l'evoluzione della riforma dell'art.117 Cost., come operata dalla legge costituzionale n.3/2001, in base al quale tale materia, come in generale quella degli appalti pubblici, rientrerebbe nella competenza legislativa esclusiva regionale.

Nella specie, l'art.21 di detto disegno di legge prevede al comma 1°, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione degli appalti, sia quello del prezzo più basso sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come parametri alternativi e fungibili, senza che venga conferita rilevanza alcuna all'entità dell'appalto.

E' appena il caso di rilevare come "*in subiecta materia*" sia intervenuta una sentenza della Corte Costituzionale (27.7.2004, n.272), nella quale si legge tra l'altro che: "*la tutela della concorrenza non può essere intesa solo in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato*".

La sentenza della Corte di Giustizia in esame, nel richiamare espressamente il principio - di carattere generale - della libera concorrenza, che deve essere garantita a tutti gli appalti, indipendentemente dal valore degli stessi, evidenzia come ogni norma che riduca la libertà di scelta non possa nel contempo ritenersi compatibile con il diritto comunitario.

Le norme contenute nel Trattato (tra cui in particolare il cit. art.81) trovano piena ed indistinta applicazione in materia di appalti pubblici, sia di importo superiore alla soglia comunitaria, sia di importo inferiore a tale soglia: è infatti orientamento pacifico della giurisprudenza quello secondo cui "*anche quando taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le Amministrazioni aggiudicatrici che stipulano contratti di appalto di modesto rilievo economico sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato*" <sup>5</sup>.

Ciò in ragione della prevalenza - anche alla luce dell'art.117 Cost. - del diritto comunitario sul diritto nazionale.

Anche nei casi in cui le direttive comunitarie non trovano applicazione, la scelta del contraente deve quindi sempre conformarsi al rispetto delle norme del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario (tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza), di guisa che venga assicurata in ogni caso una concreta ed assoluta concorrenza tra i soggetti.

Ove pertanto una Stazione Appaltante volesse stipulare un contratto di appalto di valore inferiore alla soglia comunitaria, adottando - nell'ambito dei criteri di aggiudicazione - il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stessa sarebbe comunque tenuta ad osservare regole comportamentali tali da consentire a tutte le imprese interessate di formulare un'offerta più che appropriata, basata non solo sul prezzo, ma anche e soprattutto sulla combinazione di una serie di

fattori ( il termine di esecuzione, il costo di utilizzo, la redditività, il valore tecnico), in modo da garantire una effettiva libera concorrenza ed assicurare la selezione della migliore offerta.

Alla stregua di tali considerazioni, non può non evidenziarsi come il regime concernente i criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici di cui all'art.21 della legge n.109/1994 sia in più che palese contrasto con i dettami del Trattato CE, incidendo pregiudizialmente sui fattori inerenti la libera concorrenza.

Sotto tale profilo, la sentenza della Corte di Giustizia, oggetto di attenzione, sembra aprire nuovi scenari per le stazioni appaltanti, le quali - senza dover necessariamente attendere un adeguamento della legge nazionale a quanto statuito dall'art.81 del Trattato CE, ben potrebbero affidare un pubblico incanto o una licitazione privata, anche ricorrendo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

E' comunque evidente che qualsiasi statuizione concernente la scelta dei criteri in base ai quali selezionare le parti contraenti non potrà prescindere da una più che adeguata, concreta ed esauriente articolazione motiva, che dovrà riguardare le ragioni tutte per cui si è ritenuto di optare per l'uno anziché per l'altro criterio di aggiudicazione.

---

[1](#) [Sentenza del 7.10.2004 Proc. C- 247/02.](#)

[2](#) [Sentenza del 27.11.2001 - Causa C - 285/1999.](#)

[3](#) Che l'obbligo della disapplicazione della legge italiana incomba anche sull'amministrazione è stato riconosciuto prima dalla Corte di Giustizia 22.6.1989 nel procedimento 103/98 e subito dopo, dalla sentenza n.11.7.1989, n.389 della Corte Cost.

[4](#) C.d.S. 5.12.2002, n.6657; TAR Puglia, ord. Sez. I, 6.11.2002, n.836; C.d.S., Sez. V, 30.1.2002, n.505, che perviene alla disapplicazione dell'art.17, co. 4° della legge 109/1994, nella parte in cui, in contrasto con le norme del Trattato (artt.48,49 e 50) e con i principi comunitari, esclude le società di ingegneria dall'affidamento degli incarichi di progettazione di opere pubbliche di valore inferiore ai duecentomila euro; nonché C.d.S., Sez. IV, n.1407/2000 e n. 430/2001, secondo cui l'eventuale contrasto della normativa interna sia con le norme del Trattato istitutivo della Comunità Europea sia con le norme regolamentari e quelle contenute nelle direttive comunitarie fa assumere carattere recessivo alla normativa interna e ne legittima la disapplicazione nel caso concreto sia da parte dell'Autorità amministrativa che da parte dell'Autorità giurisdizionale.

[5](#) cfr. ordinanza 3.12.2001, in C-59/00; sentenza 7.12.2000, C-324/98; C.d.S., Sez. IV, 15.2.2002, n.934.

( da [www.altalex.it](http://www.altalex.it) )