

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2025/2026

Argomento 9

La selezione delle offerte e i criteri di
aggiudicazione

Principi in tema di selezione (art. 107)

- Ai fini dell'aggiudicazione è necessario che l'offerta:
 - sia conforme a quanto stabilito dal bando;
 - provenga da un offerente in possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale.
- La S.A. può decidere di non aggiudicare l'appalto se ha accertato che l'O.E.P.V. non soddisfi gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla legge (aggiudicazione al secondo classificato).
- Nelle procedure aperte, è possibile anticipare l'esame delle offerte rispetto alla verifica dell'idoneità degli offerenti (c.d. inversione procedimentale).
- La S.A. può decidere di non aggiudicare l'appalto se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto (art. 108, c. 10).

Criteri di aggiudicazione (art. 108)

- 1) Minor prezzo
- 2) Offerta economicamente più vantaggiosa (O.E.P.V.)

➤ la scelta tra i due criteri è stata in passato affidata alla discrezionalità della stazione appaltante; a partire dal codice del 2016 questa discrezionalità è stata fortemente limitata.

Discrezionalità amministrativa

- Discrezionalità amministrativa:
 - se realizzare o no un'opera pubblica, con quali caratteristiche, dove collocarla, se acquistare o no determinati beni o servizi, con quali caratteristiche, etc.;
 - con quale tipo di contratto raggiungere quell'obiettivo;
 - con quale procedura di evidenza pubblica selezionare il contraente;
 - **quale criterio di aggiudicazione utilizzare;**
 - in caso di O.E.P.V., quali elementi dell'offerta considerare rilevanti e che peso attribuire a ciascuno di essi.

«Discrezionalità» tecnica

- «Discrezionalità» tecnica:
 - valutazione delle offerte in applicazione di discipline tecnico-scientifiche;
- è affidata alla commissione giudicatrice, composta da esperti;
- è sindacabile dal giudice amministrativo – entro certi limiti – attraverso la C.T.U.

Scelta del criterio di aggiudicazione

- La scelta tra i criteri di aggiudicazione è espressione di discrezionalità amministrativa: è effettuata in funzione degli interessi da perseguire ed in considerazione delle caratteristiche del contratto.
- Tale discrezionalità è ridotta, a seguito della **preferenza** espressa dal legislatore per il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**.
- Il legislatore ha espresso tale preferenza nel codice del 2016 e l'ha confermata nel codice del 2023.

Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 108, c. 1)

- Le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- Tale offerta è individuata:
 - sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo oppure
 - sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.

Obbligo di utilizzare il criterio O.E.P.V.

(art. 108, c. 2)

- Sono aggiudicati *esclusivamente* sulla base del criterio dell’O.E.P.V., basata sul miglior rapporto qualità/prezzo:
 - a) i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i servizi ad alta intensità di manodopera;
 - b) i servizi di ingegneria e architettura e gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale, di importo pari o superiore a € 140.000;
 - c) i servizi e le forniture con notevole contenuto tecnologico o carattere innovativo, di importo pari o superiore a € 140.000;

(segue)

- d) gli affidamenti operati a mezzo di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- e) i c.d. «appalti integrati»;
- f) i lavori con notevole contenuto tecnologico o carattere innovativo.
- f-bis) i servizi di trasporto per le uscite didattiche e i viaggi di istruzione.

Facoltà di utilizzare il criterio del minor prezzo (art. 108, c. 3)

- Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, **fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera**;
- nonché per l'aggiudicazione (con procedura negoziata senza bando) dei contratti di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea (scelta discrezionale della S.A. tra i due criteri);
- l'utilizzo di tale criterio deve essere esplicitato nel bando di gara;
- l'aggiudicazione disposta secondo tale criterio deve essere adeguatamente motivata.

Contratti ad alta intensità di manodopera

- Sono i contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50% dell'importo complessivo dei corrispettivi.

→ Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014

- Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95 del vecchio codice, tra il c. 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'O.E.P.V.) ed il c. 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo) è di *specie a genere*. Ove ricorrono le fattispecie di cui al c. 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'O.E.P.V. che non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al c. 4.

Conflitto tra norme (art. 108, cc. 2 e 3)

- Gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera (oggi ex art. 108, c. 2) sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate (oggi ex art. 108, c. 3).

TAR Campania, Napoli, sez. VII, 23 giugno 2021, n. 4302
(servizi cimiteriali aggiudicati con il criterio del prezzo più basso)

Giurisprudenza sul criterio di aggiudicazione

- È illegittima l'adozione del criterio del minor prezzo per l'affidamento del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare da parte di una ASL, non potendosi questo considerare un servizio standardizzato.

TAR Puglia, sez. II, 21 marzo 2022, n. 405

- È legittima l'adozione del criterio del minor prezzo, in deroga alla generale preferenza accordata all'O.E.P.V., laddove si tratti di affidare forniture o servizi che siano, per loro natura, strettamente vincolati a precisi e inderogabili standard tecnici e contrattuali (nella specie, servizi di PEC).

TAR Lazio, Roma, sez. II, 28 febbraio 2022, n. 2345

Le offerte

- Natura di proposta contrattuale
- Requisiti dell'offerta (art. 107, c. 1, lett. a) e b))
- Offerte inammissibili (art. 70, c. 4)
- Procedura in cui sia presentata una sola offerta (art. 69, R.D. n. 827/1924: necessità che il bando preveda la possibilità di procedere ad aggiudicazione)
- Presentata secondo le modalità previste dal bando (di norma in forma digitale)
- Tempestiva (deve pervenire entro i termini stabiliti nel bando)
- Incondizionata e conforme all'oggetto del contratto

(segue)

- Unica per ciascun partecipante
- Determinata (quanto al prezzo o ribasso offerto): in caso di discordanza tra cifre e lettere prevale l'indicazione in lettere
- Immodificabile
- Segreta: non deve essere conosciuta o conoscibile prima dell'apertura ufficiale delle buste → integrità dei plichi
- In caso di criterio della O.E.P.V., distinzione tra offerta tecnica ed offerta economica e c.d. divieto di commistione
- Esame prioritario dell'offerta tecnica e segretezza dell'offerta economica
- Garantita con garanzia provvisoria: cauzione o fideiussione

Le offerte anomale (artt. 54 e 110)

- Offerte «anormalmente basse» che, non assicurando all'operatore economico una remunerazione adeguata, fanno presumere un'esecuzione non corretta del contratto: è dubbia la «sostenibilità economica e giuridica» dell'offerta.
- Il codice prevede un controllo preventivo da parte della S.A. posto a tutela sia dell'interesse pubblico sia del (corretto funzionamento del) mercato.
- Le offerte ritenute anomale vengono escluse se non superano tale controllo preventivo, consistente in una valutazione di congruità da parte della S.A.

... nei contratti sotto soglia (art. 54)

- In caso di aggiudicazione (di appalti di lavori o servizi) con il criterio del *prezzo più basso*:
 - la S.A. prevede nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale;
 - la S.A. indica nel bando il metodo di calcolo della soglia di anomalia, scelto tra quelli descritti nell'All.II.2, oppure lo estrae a sorte in sede di valutazione delle offerte.
- In caso di aggiudicazione con il criterio della *O.E.P.V.*:
 - la S.A. indica nel bando gli *elementi specifici* in base ai quali le offerte possono essere ritenute anomale e valuta la congruità delle offerte che in base a quegli elementi appaiano anomale.

... nei contratti sopra soglia (art. 110)

- Nel bando sono indicati gli *elementi specifici* sulla base dei quali sarà effettuata la valutazione di anomalia delle offerte.
- Il giudizio di anomalia è l'esito di un apprezzamento tecnico-discrezionale della S.A.
- Qualora un'offerta appaia anormalmente bassa, la S.A. ne valuta la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità.

Sub-procedimento di verifica dell'anomalia

- Principio del contraddittorio (richiamato dalla Corte di giustizia UE).
- Qualora un'offerta appaia anormalmente bassa, la S.A. **richiede** per iscritto all'operatore economico che l'ha presentata le **spiegazioni** sul prezzo o sui costi, assegnando un termine non superiore a 15 gg.
- Le spiegazioni possono riguardare:
 - il processo di fabbricazione o il metodo di costruzione;
 - soluzioni tecniche o condizioni eccezionalmente favorevoli;
 - originalità dei lavori, servizi o forniture.
- Non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi e in relazione agli oneri di sicurezza imposti dalla legge.

Esclusione dell'offerta anomala

- La S.A. esclude l'offerta:
 - se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente i costi proposti;
oppure
 - se l'offerta è anormalmente bassa per il mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro o degli obblighi in materia di subappalto; se sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza o se il costo del personale è inferiore ai minimi di legge.
- Un'offerta può essere anormalmente bassa poiché l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato; in tal caso essa è esclusa se l'offerente non dimostra che l'aiuto è compatibile con il mercato interno (art. 107 TFUE).

Giurisprudenza sulle offerte anomale

- TAR Campania, Napoli, sez. IV, 8 maggio 2024, n. 3001
 - In presenza delle condizioni di cui all'art. 54 codice appalti, le SS.AA. possono prevedere nel bando di gara, in deroga all'art. 110, l'esclusione automatica delle offerte anomale; in difetto di tale espressa previsione, l'esclusione automatica è illegittima.
 - Qualora nel bando si affermi che si procederà alla verifica sulle eventuali offerte anomale ai sensi dell'art. 110, c. 2, l'esclusione automatica è illegittima in quanto in contrasto con la lex specialis.

... segue

- TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 31 gennaio 2022, n. 265
- Procedura di affidamento diretto, preceduto da un confronto concorrenziale, dei lavori di manutenzione del verde esistente ed integrazione con nuove essenze in un parco urbano del Comune di Caltanissetta, con importo sottosoglia e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.
- Calcolata la soglia di anomalia ed escluse le offerte superiori a tale soglia, il Comune aveva poi effettuato la verifica in concreto dell'anomalia delle offerte (come previsto dalla lex specialis) ed aggiudicato l'appalto ad una delle ditte (dapprima) escluse.
- La prima in graduatoria tra le ditte non escluse impugna gli atti di gara.

... segue

- Il TAR richiama l'art. 1, c. 3, d.l. n. 76/2020, a tenore del quale, in caso di aggiudicazione di appalti sotto soglia con il criterio del prezzo più basso, si procede ad esclusione automatica delle offerte che superino la soglia di anomalia.
- Il TAR afferma che il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale previsto dalla citata disposizione si applica anche qualora la legge di gara non lo preveda espressamente, in quanto la norma emergenziale etero-integra la lex specialis che eventualmente non lo indichi.
- Ha quindi dichiarato l'esclusione automatica delle offerte risultate anomale (tra le quali quella della contro-interessata) con l'obbligo della S.A. di aggiudicare l'appalto alla ricorrente, che aveva presentato la prima migliore offerta.

...segue

- **TAR Campania, Napoli, sez. II, 10 giugno 2024, n. 3633**
- Ha accolto il ricorso di una società cooperativa che si era classificata prima in graduatoria ma era stata esclusa per anomalia dell'offerta.
- Il TAR ha ritenuto fondata la censura della ricorrente secondo la quale il RUP si era limitato ad analizzare le singole voci di costo senza esprimere un giudizio complessivo sulla non sostenibilità dell'offerta.
- Si afferma che il subprocedimento di verifica dell'anomalia costituisce esercizio di «funzione tecnico-discrezionale» e può essere articolato in 3 fasi: fase istruttoria, fase valutativa e giudizio finale. I vizi delle prime due fasi possono incidere sulla legittimità del giudizio finale.
- Secondo il TAR era carente sia la fase istruttoria sia il giudizio finale, che non era adeguatamente motivato con riferimento alla non sostenibilità dell'offerta.