

## **Parere n. 219 del 18 dicembre 2013**

### **PREC 265/13/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Spinea (VE) – “*Procedura negoziata per l’affidamento tramite cottimo fiduciario ai sensi dell’art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006 del servizio denominato “La Casa di Alice”*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo annuale a base di gara: euro 13.500,00 – S.A.: Comune di Spinea.

**Articoli 81 e 82 del D.Lgs. n. 163/2006 – Ragionevolezza del criterio di aggiudicazione prescelto.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

### **Ritenuto in fatto**

In data 7 ottobre 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Spinea ha chiesto un parere in merito alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della Cooperativa Sociale ONLUS “La bottega dei ragazzi”, che altra Cooperativa partecipante alla medesima procedura, la C.S.S.A., ha contestato sull’assunto della illegittima scelta, da parte della stazione appaltante, del criterio del prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione del servizio in oggetto denominato “Casa di Alice”.

Più specificamente, la Cooperativa Sociale Servizi Associati, che ha notificato alla stazione appaltante il preavviso di ricorso ai sensi dell’art. 243-bis, ritiene che il criterio del prezzo più basso, prescelto in luogo di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sia assolutamente illogico e non congruente con le caratteristiche oggettive del servizio da affidare e, come tale, ostativo ad una libera esplicazione della concorrenza sulla base di elementi qualitativi dell’offerta, oltretutto asseritamente in contrasto con l’art. 12 della legge regionale 23/2006.

In ragione, quindi, di tale contestazione, e a seguito del preavviso di ricorso sopra richiamato, il Comune di Spinea ha ritenuto di sospendere la procedura in questione in attesa del parere di questa Autorità

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 8 novembre 2013, la stazione appaltante, ribadendo la correttezza del proprio operato, ha trasmesso ulteriore documentazione.

### **Considerato in diritto**

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’aggiudicazione disposta nei confronti della Cooperativa Sociale ONLUS “La bottega dei ragazzi” nell’ambito della gara ufficiosa mediante acquisizione in economia, ai sensi dell’art. 125, indetta per l’aggiudicazione di un servizio rivolto al mondo dell’infanzia denominato “Casa di Alice”.

La contestazione mossa alla stazione appaltante da parte della Cooperativa Sociale Servizi Associati riguarda il criterio di aggiudicazione prescelto ovvero quello del prezzo più basso, che a suo dire sarebbe illogico e non congruente con le caratteristiche oggettive del servizio da affidare e, come tale, ostativo ad una libera esplicazione della concorrenza sulla base di elementi qualitativi dell’offerta, oltretutto asseritamente in contrasto con l’art. 12 della legge regionale 23/2006.

Per la soluzione del caso di specie si rende necessaria una preliminare ricognizione dei principi elaborati relativamente ai criteri di aggiudicazione e richiamati nella determinazione di questa Autorità n. 7 del 24 novembre 2011 (paragrafo 2. “*Come scegliere il criterio di aggiudicazione*”). L’articolo 81, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rubricato “*Criteri per la scelta dell’offerta migliore*”, dispone che “*nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative,*

*regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa".*

L'uso della disgiuntiva "o" indica, chiaramente, che esiste una sostanziale equivalenza tra i due sistemi, tra i quali l'amministrazione può, quindi, scegliere liberamente. Ciò significa che il "progetto di contratto" attiene, in linea di principio, alla sfera discrezionale della stazione appaltante che ne risponde unicamente sul piano della intrinseca logicità, congruenza e ragionevolezza, dovendo, la stessa, all'atto di decidere quale criterio utilizzare, fondare la propria scelta sulla base di due presupposti.

Il primo è previsto al comma 2, dell'art. 81 del Codice, il quale letteralmente dispone: "*Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta*".

Dunque, le stazioni appaltanti sono vincolate a scegliere il criterio di aggiudicazione, in relazione a fattori oggettivamente riconducibili alle caratteristiche specifiche del contratto e delle relative prestazioni.

In secondo luogo, la finalità cui deve tendere la stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione è descritta nel considerando 2 della direttiva n. 2004/18/CE, dove viene chiaramente evidenziato che "*l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza*".

Caratteristiche dell'oggetto del contratto e valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza sono, dunque, i punti di riferimento, nonché i (soli) vincoli alla discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione, cui le stazioni appaltanti devono soggiacere e che devono tenere presenti nella preparazione della strategia di gara e nelle finalità da raggiungere con le procedure espletate.

In generale, quindi, si può affermare che, soltanto nel caso in cui sia ritenuto possibile ed opportuno che l'appaltatore partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, è necessario utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente di valutare l'apporto qualitativo del concorrente.

Per tali motivi, l'Autorità ha espresso l'avviso che sia preferibile adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le volte che, in ossequio alla "specificità" ed alla "complessità" del servizio da appaltare, questo modello selettivo consenta di valorizzare appieno le capacità innovative dell'operatore economico, volte ad aumentare il valore complessivo del servizio offerto. Tale indicazione, confermata dal Regolamento, potrebbe quindi riguardare gli appalti, come quello in argomento, relativi ai servizi socio - educativi e, più in generale, ai servizi sociali. In tali settori, più di ogni altro, occorre garantire, infatti, la piena espressione della progettualità degli operatori economici, tenendo nella massima considerazione, la qualità e le caratteristiche delle prestazioni offerte.

In sostanza, però, qualora la stazione appaltante abbia ben individuato l'oggetto della gara in modo tale da non lasciare nell'offerta margini di definizione alle imprese concorrenti e, quindi, nel caso in cui si tratti di servizi ripetitivi e non complessi, il criterio del prezzo più basso può ben essere utilizzato e ritenuto logico ed appropriato.

Anche la giurisprudenza si è espressa nel senso che la scelta tra i criteri, che sono astrattamente equiordinati, deve orientarsi tenendo presente l'unicità e l'automatismo del criterio del prezzo più basso e la pluralità e variabilità dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc. Pertanto, è da considerare manifestamente illogica la scelta del criterio del prezzo più basso solo quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta: in questi casi, infatti, la pluralità di elementi presi in considerazione dalla *lex specialis* si porrebbe in contrasto con la caratteristica univocità del criterio del prezzo più basso, comportando la violazione (*sub specie* di

palese sviamento di potere) degli articoli 81 e 82 del Codice.

Ciò posto, la S.A., nella memoria allegata all'istanza di parere, ha compiutamente svolto le motivazioni della scelta del criterio di aggiudicazione (prezzo più basso) adottato nel caso concreto, sotto i summenzionati profili di logicità, congruenza e ragionevolezza, dei quali non v'è ragione di dubitare.

Infatti, con riferimento alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, la S.A. ha anzitutto precisato l'inconferenza del richiamo alla legge della Regione Veneto 23/2006 – che, orientando la valutazione delle offerte, da parte delle stazioni appaltanti, verso elementi oggettivi diversi dal solo criterio economico, intende promuovere e sostenere il conferimento della titolarità dei servizi alle Cooperative sociali – chiarendo in proposito di non avere circoscritto la gara alla partecipazione di queste ultime, ma aprendola indistintamente a tutti i soggetti menzionati dall'art. 34 del Codice dei contratti pubblici.

La medesima S.A. ha, quindi, dato esaustiva contezza del criterio di aggiudicazione prescelto nel caso concreto motivandone le ragioni in funzione della dettagliata descrizione nel disciplinare dei contenuti dell'appalto, così da non lasciare margini ulteriori di confronto alle imprese competitive, e ciò in conseguenza della standardizzazione delle caratteristiche proprie del servizio e della sua sedimentazione temporale nel territorio; sicché, ha optato per il criterio di aggiudicazione prescelto, ritenuto idoneo ad una comparazione in puri termini oggettivi.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore il criterio di aggiudicazione adottato dalla S.A.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014

Il Segretario Maria Esposito