

**TAR Lazio, Roma, sez. II ter, 5 febbraio 2014, n. 1432 (sull'affidamento di servizi cimiteriali e sulla inidoneità del criterio di scelta del prezzo più basso)**

La fattispecie che ha occasionato la pronuncia è una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di prelievo e trasporto salme al civico deposito di osservazione o all'obitorio comunale per la durata di 24 mesi, da affidarsi con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il servizio oggetto dell'appalto costituisce un servizio pubblico essenziale ai sensi dell'art. 1 l. n. 146 del 1990 (e in quanto tale non può subire interruzioni o sospensioni) e dovrebbe essere svolto nella puntuale osservanza del regolamento di polizia mortuaria di cui al d.P.R. n. 285 del 1990, che riporta precise prescrizioni tecniche in ordine alla composizione del cadavere, al trasporto ed alle successive fasi.

In tal quadro la legge di gara, nonostante il criterio prescelto, imponeva ai ricorrenti numerosissime prescrizioni tecniche: trattandosi di una gara avente un oggetto molto complesso in quanto comprensiva non solo di servizi, ma anche di vere e proprie forniture (mezzi, barelle etc.) con una richiesta amplissima di disponibilità temporale (24 ore su 24 per 24 mesi), nonché un largo impiego di personale oltre che la fornitura di adeguati dispositivi di protezione individuale. Pertanto la complessità dell'oggetto del contratto discendeva, non tanto per le prestazioni da eseguire, ove singolarmente considerate, quanto per le complessive modalità organizzative del servizio (*“il servizio si svolgerà prevalentemente nel territorio di Roma Capitale, fatto salvo occasionali interventi richiesti nel territorio extra comunale limitrofo e comunque entro i limiti del territorio della Regione Lazio”*).

Di conseguenza la scelta dell'aggiudicazione della gara con il criterio del prezzo più basso si presentava illogica, atteso che la gara al prezzo più basso può essere indetta solo in presenza di caratteristiche tecniche del servizio del tutto specifiche e standardizzate, non anche in un caso, quale quello di specie, in cui la concreta organizzazione del servizio, la scelta del personale, dei mezzi etc. era lasciata di fatto interamente all'offerente.

Il TAR ha, così, osservato che, sebbene la scelta del criterio di aggiudicazione da parte della stazione appaltante sia connotata da ampia discrezionalità, è altrettanto vero che tale scelta, come tutte le decisioni discrezionali dell'amministrazione, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità per manifesta illogicità o per travisamento dei fatti.

L'art. 81, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che nei contratti pubblici la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa.

Le stazioni appaltanti, ai sensi del secondo comma dell'art. 81, scelgono, tra i detti criteri, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto. Il criterio del prezzo più basso si connota per prendere in considerazione esclusivamente la convenienza economica dell'offerta, per cui ha carattere automatico, richiedendo per l'individuazione della migliore offerta un semplice raffronto tra cifre.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, è maggiormente complesso, perché l'offerta è composta non solo dall'elemento prezzo ma anche da altri elementi afferenti ai profili qualitativi della prestazione ed a ciascuno di tali elementi è attribuito un punteggio.

Pertanto, esso è certamente più idoneo, potendosi assegnare ad elementi diversi dal prezzo una rilevanza più o meno estesa in ragione delle singole fattispecie, in presenza di appalti il cui oggetto presenta anche minime complessità.

Sotto altro angolo visuale, la differenza tra i due criteri si concreta nella circostanza che nel caso in cui venga prescelto il criterio del prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice compie un mero accertamento tecnico, nel senso che "verifica" la migliore offerta sulla base di scienze esatte e senza alcun tipo di valutazione, mentre nell'altro caso, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione esercita la propria discrezionalità tecnica ovvero "valuta" quale sia la migliore offerta con riferimento a parametri opinabili.

Peraltro, in entrambe le ipotesi, la stazione appaltante svolge un'attività amministrativa vincolata in quanto – individuata, per mezzo dell'accertamento tecnico o dell'esercizio di discrezionalità tecnica, la migliore offerta – deve aggiudicare la gara all'operatore economico che ha presentato la stessa.

Le stazioni appaltanti, in sostanza, scelgono tra i due criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all'individuazione della migliore offerta.

Va da sé che il criterio del prezzo più basso, in cui assume rilievo la sola componente prezzo, può presentarsi adeguato esclusivamente quando l'oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto, mentre nelle altre fattispecie è arduo ipotizzare che un sia pur minimo rilievo agli aspetti qualitativi della prestazione offerta sia indifferente per la scelta del contraente.

Nel caso di specie, come si è accennato, *"l'oggetto del contratto, pertanto, si presenta complesso richiedendo non solo la prestazione di servizi ma anche la fornitura di una pluralità di risorse strumentali, tra cui, oltre a quelle richiamate (veicoli per il trasporto delle salme, barelle, divise, mezzi di protezione individuali, etc.), per il prelievo ed il trasporto delle salme, contenitori rigidi di materiale impermeabile, facilmente disinfettabili e lavabili, approvati dall'AMA e, per il trasporto del corpo fino al veicolo nel caso di operazioni da effettuare in locali angusti, involucri dotati di maniglie di modello approvato dall'AMA.*

*La circostanza, però, che maggiormente persuade il Collegio della manifesta illogicità del criterio di aggiudicazione automatico prescelto è che nella lexspecialis di gara si fa costantemente riferimento, nel descrivere la prestazione da fornire, ai concetti di adeguatezza ed idoneità delle risorse umane e delle risorse strumentali, concetti che ontologicamente attengono a parametri opinabili di valutazione e che, quindi, richiedono l'esercizio della discrezionalità tecnica, dovendosi escludere che le relative offerte possano essere graduate in modo automatico, sulla base di un mero accertamento tecnico.*

*In altri termini, la valutazione di quanti e quali siano risorse umane e strumentali necessarie per il corretto espletamento delle prestazioni, e, prima ancora, della stessa possibilità di espletamento del servizio, così come la valutazione di quali debbano essere le attività di manutenzione dei beni strumentali, è stata rimessa alla completa discrezionalità dei partecipanti, sicché la stazione appaltante avrebbe evidentemente dovuto prevedere un criterio di aggiudicazione tale da procedere ad una valutazione delle proposte caratterizzata da discrezionalità tecnica, vale a dire avrebbe dovuto prevedere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non essendo possibile non attribuire la benché minima considerazione alle modalità con cui ogni partecipante, nella particolarmente ampia discrezionalità attribuita dalla disciplina di gara, ha ritenuto di organizzare i fattori utili alla prestazione tempestiva ed ottimale del servizio".*

Viceversa, il criterio di aggiudicazione automatico del prezzo più basso avrebbe potuto eventualmente essere scelto se la stazione appaltante avesse in sede di disciplina della gara imposto in maniera stringente le modalità di organizzazione del servizio - quali il numero minimo di personale complessivamente occorrente, il numero minimo e la qualità degli autoveicoli da

utilizzare per il trasporto, il numero minimo e la qualità degli altri beni strumenti richiesti per l'espletamento del servizio, le modalità di manutenzione dei veicoli, le modalità di risposta alle chiamate etc. – in modo da elidere totalmente la discrezionalità dei partecipanti nella proposizione delle offerte con riferimento ad elementi diversi dall'elemento prezzo e rendere così standardizzata l'effettiva modalità di prestazione non del singolo intervento, ma dell'intero e complessivo servizio richiesto.

Tale illogicità si colora di una intensità ancora più marcata laddove si consideri che, sulla base del criterio di aggiudicazione prescelto, la stazione appaltante non è in grado di avere garanzie sulla qualità della prestazione e sulla sua stessa possibilità di esecuzione, soprattutto in ragione della imprevedibilità del numero e della eventuale contestualità delle chiamate, in un servizio pubblico essenziale che, in quanto tale, non tollera sospensioni o interruzioni.

In dottrina si vedano DE NICTOLIS, *La Corte Ce e l'art. 21. Legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 1272; FALLETTA, *Discrezionalità della p.a. e criteri e criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, in *Foro amm. CdA*, 2005, 4, 1157; P. DE NICTOLIS – R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ambito oggettivo e soggettivo – Procedure di affidamento, parte IV – Le procedure di scelta del contraente*, Milano, 2007, 960; LAMBERTI, *Precisazioni in tema di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *urbanistica e appalti*, 2007, 1332; PASQUINI, *Appalti pubblici: criteri di idoneità e criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 1271; COCCOLI, *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*, in *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. Sanino), Torino, 2008, p. 441 e ss.; P. DE NICTOLIS – R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, vol. III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008; SIMONE, *I criteri di selezione delle offerte*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, (a cura di) SAITTA, Padova, 2008; SANTI, *I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale (dopo la sentenza della Corte di Giustizia CE, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02*, in [www.giustiziamm.it](http://www.giustiziamm.it), L. TABARRINI, *La predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

In giurisprudenza: Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613; Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408; Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2848; TAR Palermo, sez. III, 26 giugno 2008, n. 853; CGCE, sentenza 16 settembre 1999, in *causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz*. Racc. punto 16; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, punto 89.

A.P.