ANCE | SICILIA

Prot. N.: 126/2025

Spett.le

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI RAGUSA

protocollo@pec.asp.rg.it

alla c.a. dott. Arch. Maddalena Di Martino

maddalena.dimartino@pec.asp.rg.it

Palermo, li 21 luglio 2025

OGGETTO: **Procedura aperta telematica, ai sensi dell'art.71 del d.lgs. n.36/2023, per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento di miglioramento sismico del P.O. M.P. Arezzo di Ragusa**

CIG: B78F1506FB - CUP: I24H12000060001

Criterio di aggiudicazione: minor prezzo ai sensi dell'art. 108, comma 1 del Codice

Importo a base gara: € 11.602.048,21

Data scadenza: 06 agosto 2025 ore 09:00

*****

Con la presente, a seguito di segnalazioni di diverse imprese associate, si evidenzia una criticità afferente al criterio di aggiudicazione della gara in oggetto per i motivi di seguito meglio specificati.

Violazione ed errata applicazione dell'art. 108 del nuovo Codice dei Contratti in tema di criteri di aggiudicazione. Violazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice dei contratti. Violazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, di efficacia ed economicità. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per sviamento dell'interesse pubblico

La questione oggetto della presente, si colloca nel contesto delle disposizioni di cui si compone **l'art. 108**, sopra rubricato, relativo ai "*criteri di aggiudicazione dell'appalto"* nell'ambito delle procedure di affidamento sopra soglia comunitaria.

L'art. 108, al comma 1, enuncia la regola secondo cui le stazioni appaltanti "…*procedono all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture…sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*, individuato secondo l'alternativa "…*del miglior rapporto*

qualità/prezzo…" - corrispondente al tradizionale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - o "…*sulla base dell'elemento prezzo o del costo*…", quest'ultimo integrato dalla "…comparazione costo/efficacia…", sulla base degli elementi previsti dall'allegato **II.8 del Codice dei contratti**;

Al successivo comma 2, l'art. 108, al fine di rafforzare le ipotesi in cui la S.A. è tenuta a ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce che "*Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*" i contratti ivi previsti, tra cui quelli "*relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo*" (lett.f).

Al successivo comma 3, **l'art. 108,** facoltizza le stazioni appaltanti, (si legge, infatti, «*Può essere utilizzato*») a ricorrere al «criterio del minor prezzo» per aggiudicare i contratti ivi elencati, tra cui "*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 di cui alla definizione, per il quale ricorre obbligatoriamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come prevede la lettera a) del comma 2 dell'art. 108 cit..

Relativamente, invece alle procedure negoziate sotto soglia comunitaria, il riferimento è dato **dall'art. 50, comma 4**, il quale introduce per le S.A. la facoltà di scegliere i criteri di aggiudicazione (fermi restando i limiti di cui all'art. 108 comma 2 per il criterio del minor prezzo).

Dall'analisi **dell'art. 108** del Codice dei contratti si ricava che nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, a sua volta insita nell'esigenza di rimettere all'amministrazione la definizione delle modalità con cui soddisfare nel miglior modo l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare, le stazioni appaltanti sono nondimeno vincolate alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che valorizzino non solo l'elemento prezzo, ma anche gli aspetti di carattere qualitativo delle offerte, e, quindi, in questa ottica diventa preminente ricorrere al criterio dell'O.E.P.V. proprio per la finalità insita nel suddetto criterio che è quello di premiare le offerte non solo dal punto di vista economico (a cui viene dato un peso meno rilevante), ma soprattutto dal punto di vista **tecnico-qualitativo**.

Più precisamente, la preferenza in questione, è in primo luogo desumibile:
- dal **comma 1**, attraverso la previsione di due criteri di aggiudicazione in cui hanno rilievo aspetti di carattere qualitativo, e cioè il «miglior rapporto qualità/prezzo» e il criterio con a base il «costo» dell'opera, bene o servizio acquisito «seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita», che ai sensi dell'all.to II.8 del Codice tenga conto degli oneri per l'amministrazione legati all'acquisizione, alla manutenzione, ai consumi energetici in fase di utilizzo, alle «esternalità ambientali» e a quelli connessi al "fine vita", come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio;

- dal **comma 2**, con l'obbligo di fare ricorso per gli affidamenti dei contratti ivi elencati al solo criterio del miglior rapporto qualità/prezzo;
- e, dal **comma 3**, in cui si prevede, espressamente i casi in cui la S.A. può ricorrere al criterio del minor prezzo.

La preferenza attribuita dal codice dei Contratti Pubblici a criteri non basati sul solo elemento del prezzo è poi coerente con i principi di cui alle Direttive comunitarie, tra cui la Direttiva Europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sui contratti di appalto pubblico.

In particolare, la suddetta preferenza è espressa nei seguenti considerandi:
- al considerando 90, in cui al fine di conseguire l'obiettivo di «incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici» si formula la seguente raccomandazione: «dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato»;
- considerando 92, in cui, nel ribadire che le amministrazioni aggiudicatrici «dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità», si precisa che la selezione non «dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi», ma anche su un «approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita»;

Ed inoltre, il Parlamento Europeo con la risoluzione del 25 ottobre 2011, prodromica all'approvazione delle direttive del 2014, il Parlamento europeo ha manifestato l'avviso che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso «*non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti*», ma debba essere sostituito «*in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattas*i», salvo mantenere il primo «quale criterio decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati».

In *subiecta materia*, il Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, con la sentenza del 21 maggio 2019, n. 8, pur vertendo, *ratione temporis*, sull'art. 95, del previgente Codice 50, fissa dei principi certamente estendibili anche al nuovo Codice dei Contratti, in materia di criteri di aggiudicazione.

In particolare, il Massimo Consesso ha affermato che " *Il* ***ricorso a criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici basati non sul solo prezzo****, e quindi non orientati in via esclusiva a fare conseguire all'amministrazione risparmi di spesa, ma idonei a selezionare le offerte anche sul piano qualitativo, in funzione di un miglioramento tecnologico, di un più efficiente utilizzo delle risorse energetiche e - per venire al caso oggetto del presente giudizio - della tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro,* ***può dunque essere ascritto agli obiettivi di politica generale sovranazionale, poi recepiti nelle direttive del 2014 sui contratti pubblici; ed infine a livello nazionale con il codice dei contratti***

***pubblici**. …Peraltro, nella medesima direzione finora considerata convergono imperativi di matrice costituzionale, espressi dal principio secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto «con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2), finalizzato a conciliare le esigenze della crescita economica, per la quale l'intervento pubblico mediante l'affidamento di contratti d'appalto costituisce un rilevante fattore, con quelle di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e delle loro condizioni contrattuali*.".

Dall'analisi sinora svolta può dunque affermarsi che il **comma 1 dell'art. 108 cit.**, si pone ad un punto di convergenza di valori espressi in sede costituzionale e sovranazionale, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato a criterio preferenziale per gli appalti sopra soglia, e, come criterio unico ed inderogabile per gli affidamenti indicati al comma 2 del suddetto articolo, sia per gli appalti sotto che sopra soglia comunitaria.

Conseguentemente l'aggiudicazione al minor prezzo diventa criterio residuale e circoscritto a determinate ipotesi previste al comma 3 dell'art. 108, peraltro – a testimonianza del *favor* del Legislatore nei confronti del criterio dell'O.E.P.V. – e anche nelle ipotesi descritte dal citato comma, il ricorso al criterio del minor prezzo non è nemmeno obbligatorio stante la formulazione della norma che prevede: "*Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo*".

La preferenza al criterio dell'O.E.P.V. non solo è desumibile dall'art. 108, ma anche dall'art. 1 del codice "*principio di risultato*", attraverso il quale, il Legislatore ha codificato i principi di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa nell'ottica del raggiungimento "*dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*".

La stessa ANAC nella delibera N. 454 del 09/10/2024, per una gara analoga sempre nelle Regione siciliana, ha precisato nelle conclusioni: *"di confermare la mancata conformità al codice dei contratti del criterio di aggiudicazione del minor prezzo adottato nella procedura in esame, riferita a lavori pubblici di importo superiore alla soglia comunitaria, tenuto conto che il disposto dell'art. 108, comma 3 del d.lgs. 36/2023, al di fuori degli appalti sotto soglia, limita l'utilizzo del criterio del minor prezzo ai servizi e alle forniture con*
caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera;

Per tutto quanto sopra detto, nel caso di specie, non si comprendono le ragioni per le quali la S.A. ha inteso utilizzare il criterio del minor prezzo, in considerazione che trattasi di una procedura di appalto di lavori sopra soglia comunitaria, né può ritenersi comprensibile la motivazione riportata in seno alla Deliberazione del Direttore Generale n. 1300 del 07/07/2025, in ordine alla scelta effettuata, condizionata al rispetto, da

parte dell'ASP, del termine perentorio fissato per il 29 agosto 2025, di cui all'art. 19 dell'O.C.D.P.C. n. 978/2023, entro cui pervenire alla stipula del contratto di affidamento di esecuzione dei lavori, con l'assunzione di relativo impegno formale al rispetto del termine, stante l'assenza dei presupposti di legge volti a legittimare la scelta del criterio del minor prezzo e della riduzione dei tempi di presentazione dell'offerta.

Per quest'ultimo punto sempre la delibera ANAC N. 454 del 09/10/2024 precisa *"va altresì analizzata la giustificazione fornita dalla Stazione appaltante in merito all'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo fondata su presunte ragioni di urgenza correlate alle tempistiche del finanziamento, laddove il decreto di finanziamento, prevedeva l'obbligo di dare avvio ai lavori entro il 30/06/2024* (nel nostro caso addivenire alla stipula del contratto entro il 29/08/2025), e continua: "*Anche in relazione a tale profilo va richiamata la Delibera sopra citata 280/2022* (Delibera ANAC n. 280 del 14/06/2022) *, laddove si è ricordata "la giurisprudenza secondo la quale «l'urgenza non può giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in assenza di una puntuale motivazione, atteso che il comma 4 dell'art. 95 del cod. non contempla le esigenze "acceleratorie" tra le ipotesi di deroga. …." (T.A.R. Sicilia Catania, 10 dicembre 2018, n. 2335)".*

* * *

Il *modus decidendi* della S.A. si appalesa anche viziato per eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza e dello sviamento dell'interesse pubblico.

Ciò in considerazione del fatto che la scelta di ricorrere al maggior ribasso lede uno degli obiettivi primari dell'Amministrazione nell'ambito delle procedure di gara che è quello di vedere garantita la tutela dei lavoratori e la qualità delle prestazioni, pertanto, il massimo ribasso, tranne nei casi consentiti dalla legge (ma non è il nostro caso), potrebbe mettere a rischio tali obiettivi.

Per quanto sopra detto,

SI INVITA

Codesta Stazione Appaltante, nell'esercizio del potere di autotutela ai sensi degli artt. 21-*octies* e 21 *nonies* della L. n. 241/1990 e dell'art. 18, comma 2, del nuovo Codice dei Contratti, ad annullare e/o rettificare la *lex specialis* nelle parti oggetto di censura e ciò nel rispetto della corretta applicazione delle disposizioni di cui al Codice dei contratti e dei principi sopra enunciati, si chiede inoltre la concessione di una proroga dei termini per la presentazione delle offerte.

Con i migliori saluti.

IL PRESIDENTE
(Salvatore Russo)