

Prot. n°418/C/2024

Pregg.mi Sigg.
Soci Ordinari
LORO SEDI

Ragusa, 4 Novembre 2024

OGGETTO: **Appalti sopra soglia: il no dell'ANAC al minor prezzo.**

Con la Delibera n. 454 del 9 ottobre 2024, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) si è pronunciata sulla possibilità di applicare, nel contesto del codice appalti, d.lgs. 36/2023, il metodo del massimo ribasso alle gare sopra soglia comunitaria.

Di seguito, l'analisi della Direzione legislazione opere pubbliche.

Il fatto

A seguito di una segnalazione, conforme alla linea interpretativa da sempre sostenuta da ANCE nazionale, promossa da ANCE Sicilia, è stata contestata l'utilizzazione del minor prezzo in una gara indetta dall'Università degli Studi di Catania per l'affidamento di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria (circa 19 milioni di euro); scelta, questa, apparsa non rispettosa dell'art. 108 del codice in tema di criteri di aggiudicazione nonché, più in generale, dei principi di risultato, buon andamento efficienza, efficacia ed economicità di cui al Codice 36, nonché priva di motivazione.

Con nota prot. 066426 del 13 giugno 2024, l'Autorità avviava quindi un procedimento istruttorio, per valutare la conformità del bando alla normativa sui contratti pubblici, con particolare riferimento al criterio di aggiudicazione prescelto.

La Stazione appaltante, l'Università degli Studi di Catania, sollecitata dall'ANAC, rispondeva con nota prot. 075873 del 2 luglio 2024, sostenendo, tra l'altro, che, in base alla normativa vigente, è possibile scegliere discrezionalmente il criterio di aggiudicazione più adeguato, tenendo conto delle caratteristiche specifiche dell'oggetto del contratto, richiamandosi anche a precedenti giurisprudenziali. In merito alle motivazioni che l'avevano indotta ad utilizzare il criterio di aggiudicazione contestato, la stessa amministrazione faceva presente, nella sostanza, di aver adottato la scelta del criterio del massimo ribasso in quanto:

- il progetto esecutivo aveva consentito la definizione precisa dell'oggetto del contratto senza dover valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta;

- la parte di lavori relativa agli impianti, pur rilevante a livello economico, non presentava contenuti tecnologici avanzati o innovativi, e la *lex specialis* ammetteva l'intero subappalto per la categoria OG11;
- sussistevano motivi di urgenza, collegati alle tempistiche del finanziamento, per cui altre modalità di aggiudicazione avrebbero potuto causare ritardi e compromettere la realizzazione dell'opera; ciò in linea con la successiva consegna dei lavori in via d'urgenza.

Le considerazioni dell'ANAC

Al fine di inquadrare giuridicamente la vicenda, l'ANAC anzitutto ripercorre la normativa del codice sui criteri di aggiudicazione **in relazione agli appalti sopra soglia UE**, ricordando che le stazioni appaltanti aggiudicano tali appalti:

- sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo l'alternativa del "miglior rapporto qualità/prezzo", oppure sulla base "dell'elemento prezzo o del costo", seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia (art. 108 comma 1);
- esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per gli appalti elencati al comma 2 dell'art. 108 del codice, tra cui i lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo;
- in via facoltativa, al minor prezzo e solamente 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 (art. 108 comma 1).

Da ciò, Anac fa discendere altresì che solo per gli **appalti sottosoglia UE** (art. 50, comma 4), si può scegliere tra offerta economicamente più vantaggiosa e minor prezzo, fatte salve le eccezioni specifiche che impongono l'uso del miglior rapporto qualità/prezzo previste dall'articolo 108, comma 2, per le quali si conferma l'utilizzo esclusivo dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità-prezzo.

Secondo l'ANAC, la ricostruzione normativa rende infondata una interpretazione volta a riconoscere all'amministrazione la facoltà di scelta tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed il minor prezzo anche per appalti di lavori sopra soglia europea, "*non potendosi riconoscere sul punto alcun margine interpretativo*" alla stazione appaltante. A conferma di ciò, l'ANAC ha richiamato la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2019, in cui viene evidenziato che l'aggiudicazione basata solo sul prezzo comporta il rischio di ribassi eccessivi e compressione dei costi per l'impresa, a scapito di sicurezza sul lavoro e costi della manodopera, in contrasto con gli obiettivi di coesione sociale dell'UE.

La stessa sentenza ricorda che la direttiva europea 2014/24/UE consentiva agli Stati membri di vietare o limitare l'uso del solo prezzo come criterio di aggiudicazione.

Ed è proprio in attuazione di tale ultima facoltà che il previgente Codice dei contratti (d.lgs. 50/2016) all'art. 95 comma 3 aveva già escluso il criterio del prezzo per alcuni servizi, mentre per servizi e forniture standardizzate (art. 95 comma 4 lett. b) consentiva il massimo ribasso con adeguata motivazione.

A tale conclusione era giunta la stessa Autorità con la Delibera ANAC n. 280/2022 che richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 1609/2018, secondo cui il minor prezzo era circoscritto a forniture o servizi vincolati a standard tecnici inderogabili, per i quali non serve acquisire offerte differenziate, potendosi prescindere dalla valutazione comparativa sulla qualità.

Ciò premesso, l'Autorità ritiene privi di rilevanza i richiami giurisprudenziali operati dalla Stazione appaltante, che fanno riferimento ad appalti di servizi e non ai lavori.

Nella delibera in esame, l'ANAC ha anche esaminato le considerazioni formulate dalla stazione appaltante, a sostegno della facoltà di utilizzare il minor prezzo nei lavori sopra soglia comunitaria.

Sotto un **primo profilo**, l'Autorità, infatti, ha ritenuto irrilevante l'osservazione secondo cui nell'appalto in questione non fossero presenti lavori ad **alto contenuto tecnologico** considerata la possibilità di subappaltare integralmente le opere impiantistiche in OG 11 e che tale circostanza escludesse, nei fatti, l'obbligo di utilizzare il criterio dell'OEPV, previsto dall'articolo 108, comma 2, lett. f). Infatti, osserva l'ANAC, l'art. 12 del D.L. 47/2014 (ancora in vigore) e l'art. 104 comma 11 del nuovo Codice qualificano espressamente la categoria OG11 (insieme ad altre elencate) come "*strutture, impianti e opere speciali*" e lavori di "*notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica*". Alla categoria OG11, si sommano le seguenti categorie: OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.

Pertanto, anche le categorie OS21 e OS4, previste nel disciplinare, hanno natura super-specialistica e la subappaltabilità delle stesse non escludeva la complessità tecnologica di tali opere, considerato che non esistono più limiti generali al subappalto, nemmeno per le c.d. SIOS (Strutture, Impianti e Opere Speciali, di cui alla delibera ANAC n. 25/2024).

Sotto un **secondo aspetto**, l'ANAC ha contestato anche la motivazione addotta dalla stazione appaltante nella delibera a contrarre, che faceva discendere la scelta del minor prezzo, nella circostanza di aver già predeterminato precisamente l'oggetto del contratto nel progetto esecutivo, **senza interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi**.

L'ANAC ha ritenuto, infatti, tale approccio non condivisibile, atteso che l'art. 108 comma 4 dell'attuale Codice impone di valutare nell'offerta economicamente più vantaggiosa anche aspetti ambientali e sociali, come la parità di genere (art. 108

comma 7), le pari opportunità e l'inclusione (art. 102), i criteri ambientali minimi (i cd. CAM, adottati con DM 23 giugno 2022, n. 256) e premianti definiti dal Ministero dell'Ambiente (art. 57 comma 2).

Inoltre, la stessa documentazione progettuale, in particolare la relazione sui Criteri Ambientali Minimi (CAM), richiede di considerare in capo all'esecutore il possesso di certificazioni ambientali come EMAS o ISO 14001. Tuttavia, tale elemento di valutazione non è stato poi valorizzato negli atti di gara.

In altri termini, ad avviso dell'Autorità, la stazione appaltante non ha adeguatamente considerato gli aspetti ambientali che, secondo il Codice, avrebbero dovuto concorrere a determinare l'OEPV.

Pertanto, anche all'art. 107 comma 2 del Codice consente alla stazione appaltante di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa se questa non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea, nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali.

Questo dimostra, ad avviso di ANAC, la rilevanza che il legislatore attribuisce a tali profili anche in fase di selezione dell'offerta migliore.

Infine, l'Autorità esamina le **ragioni di urgenza** legate alle tempistiche del finanziamento, adotte dalla stazione appaltante, che avrebbero imposto di avviare i lavori entro il 30/06/2024.

Anche in relazione a tale argomento, l'ANAC richiama la propria precedente delibera n. 280/2022, che a sua volta cita la sentenza del TAR Sicilia-Catania n. 2335/2018, secondo cui l'urgenza non può giustificare una deroga all'OEPV in assenza di una puntuale motivazione, atteso che l'art. 95 comma 4 dell'allora vigente Codice non contemplava le esigenze acceleratorie tra le ipotesi di deroga.

Da ultimo, in relazione alla necessità di valorizzare elementi ulteriori rispetto al prezzo per la selezione della migliore offerta, viene evidenziata la possibile violazione del "**principio di risultato**", di cui all'art. 1 del codice, ai sensi del quale le amministrazioni sono tenute a realizzare l'obiettivo "*dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*".

La delibera ANAC

Tanto considerato e approfondito, l'Autorità ha:

- confermato la **non conformità al Codice dei contratti pubblici del criterio del minor prezzo** adottato dalla stazione appaltante per l'aggiudicazione di lavori pubblici sopra soglia comunitaria. Tale conclusione si fonda sulla considerazione che l'art. 108 comma 3 del codice, per gli appalti sopra soglia, consente il ricorso al minor prezzo solo per servizi e forniture standardizzate o

con condizioni definite dal mercato, con eccezione dei servizi *labour intensive* ossia ad alta intensità di manodopera.

- ritenuto che l'appalto in questione, avente ad oggetto essenzialmente **lavori super-specialistici di elevato contenuto tecnologico**, avrebbe dovuto essere aggiudicato solo con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), individuata in base al miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell'art. 108 comma 2 del Codice. Tale criterio avrebbe consentito di valorizzare, oltre agli aspetti qualitativi, anche quelli ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto, in linea con le previsioni e le finalità del Codice.
- dato mandato al proprio Ufficio competente di trasmettere la Delibera alla stazione appaltante, evidentemente affinché quest'ultima possa trarne indicazioni pro-futuro circa la corretta scelta del criterio di aggiudicazione in relazione alla tipologia di appalto.

Considerazioni finali

Si tratta di una delibera di particolare importanza, pienamente condivisibile ed in linea con quanto affermato da ANCE anche alla luce del Codice 36, con la quale l'Autorità fornisce la corretta interpretazione sulla disciplina riguardante i criteri di aggiudicazione per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria.

In sintesi, l'ANAC, attraverso un articolato percorso argomentativo sorretto da puntuali riferimenti normativi e giurisprudenziali, giunge a confermare che, per i lavori, il minor prezzo è un'opzione esercitabile unicamente negli appalti di importo inferiore alla soglia UE.

Con ciò confermando che l'adozione del criterio del minor prezzo per appalti di lavori che superino la soglia di rilevanza comunitaria si pone in contrasto con le disposizioni del Codice dei contratti pubblici e con i principi di matrice euro-unitaria.

Cordiali Saluti

Il Direttore

(Dott. Ing. Giuseppe Guaglielmino)

