



LA CORTE DEI CONTI

Sezione regionale di controllo per la Liguria

composta dai seguenti magistrati:

Maria Teresa POLVERINO	Presidente
Donato CENTRONE	Consigliere
Alessandro VISCONTI	Consigliere
Elisabetta CONTE	Primo referendario (relatore)
Federica LELLI	Referendario
Massimiliano MAITINO	Referendario

nell'adunanza del 17 luglio 2024 ha reso la seguente

DELIBERAZIONE

Visto il Testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni e integrazioni;
visto l'art. 3, comma 1, lett. h), della legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante "*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*", e successive modifiche;
visto l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;
visto il "*Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti*", approvato con deliberazione delle Sezioni riunite n. 14 del 16 giugno 2000, e ss.mm.ii.;
esaminato il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Provveditorato interregionale per il Piemonte, la Valle d'Aosta e la Liguria - sede coordinata di Genova - n. 165 del 2 aprile 2024, di approvazione del contratto di appalto rep n. 4767 del 15 marzo 2024;
considerata la nota n. 3642/2024, a firma del Magistrato istruttore, che ha esposto dubbi di legittimità in ordine al decreto in esame, nonché le osservazioni formulate dal Consigliere delegato, con nota n. 16/2024, recanti la richiesta di deferimento della questione all'adunanza collegiale della Sezione regionale di controllo;

vista l'ordinanza n. 33/2024, con cui il Presidente della Sezione ha convocato il Collegio per l'esame del sopra citato decreto;

valutata la memoria trasmessa dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Provveditorato interregionale per il Piemonte, la Valle d'Aosta e la Liguria - sede coordinata di Genova - con nota prot. n. 5916 del 12 luglio 2024, e i relativi allegati;

uditi, nel corso dell'adunanza del 17 luglio 2024, il magistrato relatore, dott.ssa Elisabetta Conte, ed i rappresentanti dell'Amministrazione

FATTO

Con nota n. 3547 del 24 aprile 2024, acquisita al protocollo di questa Sezione, al n. 2867, il 30 aprile 2024, la sede coordinata di Genova del Provveditorato interregionale alle Opere pubbliche per il Piemonte, la Val d'Aosta e la Liguria ha trasmesso, ai fini del prescritto controllo preventivo di legittimità, il decreto n. 165 del 2 aprile 2024, unitamente ai relativi allegati. Con il ridetto provvedimento è stato approvato e reso esecutivo il contratto n. 4767, stipulato in data 15 marzo 2024, con l'impresa R.S. SERVICE S.R.L., avente ad oggetto l'affidamento dei lavori *"Piano PNRR - Palazzo di Giustizia di Genova - Piazza Portoria, 1 - Adeguamento degli impianti di condizionamento, elettrici, di sicurezza dei serramenti e dei tamponamenti esterni dell'edificio. I stralcio esecutivo - Adeguamento degli impianti di condizionamento ed elettrici"*.

In dettaglio, i lavori sono stati affidati per il corrispettivo di euro 4.664.709,62 (a fronte di un importo a base di gara pari a euro 6.673.943,59), ad esito di procedura aperta, ai sensi degli artt. 70, commi 1 e 4, e 71 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, previa valutazione delle offerte c.d. anomale.

Con nota prot. n. 3224 del 23 maggio 2024, il Magistrato istruttore ha formulato un rilievo, chiedendo di precisare le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione ad adottare il criterio di aggiudicazione del maggior ribasso, in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul rapporto qualità/prezzo.

Con nota n. 5337 del 20 giugno 2024 (assunta al protocollo di questa Sezione n. 3593 del 21 giugno 2024) l'Amministrazione provvedeva a fornire riscontro, precisando che:

- nonostante l'art. 108 del d.lgs. n. 36 del 2023 introduca una preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*sub specie* di miglior rapporto qualità/prezzo), la scelta del criterio di aggiudicazione permane nella sfera di discrezionalità delle amministrazioni. Tale conclusione risulterebbe avallata dalla sentenza n. 8706/2023 del Consiglio di Stato (Sez. III), che ha così statuito: *"Giova premettere che la*

scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della discrezionalità amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259)...[...]...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";

- in considerazione di quanto esposto, l'Amministrazione – nell'esercizio della propria discrezionalità – ha individuato nel criterio del maggior ribasso la soluzione più idonea a soddisfare le esigenze della procedura, specie sotto il profilo della riduzione delle tempistiche. Sul punto, ha precisato che l'appalto di cui trattasi è stato finanziato con fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza e che, come previsto all'art. 10 del capitolato speciale d'appalto, tutti i lavori devono essere ultimati entro il termine di 600 giorni complessivi. Tenuto conto che si è già reso necessario affidare a soggetti esterni sia la progettazione esecutiva che la conseguente verifica del progetto, la scelta è ricaduta sul criterio del maggior ribasso, proprio in considerazione dei vantaggi che lo stesso presenta sotto il profilo della semplificazione procedimentale.

Da ultimo, a corollario, l'Amministrazione ha precisato che i lavori oggetto dell'appalto – relativi a *"impianti termici e di condizionamento"* – non possono essere ricondotti nella categoria dei *"lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo"*, di cui all'art. 108, comma 2, lett. f), del d.lgs. n. 36 del 2023 (che impone l'obbligo di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo).

Il Magistrato istruttore non ha ritenuto la risposta fornita dall'Amministrazione idonea a superare i dubbi prospettati ed ha, pertanto, sottoposto alla valutazione del Consigliere delegato la questione riguardante la legittimità, rispetto all'art. 108 del d.lgs. n. 36 del 2023, del decreto in esame. Quest'ultimo, condividendo i dubbi del Magistrato istruttore, ha richiesto al Presidente della Sezione, con le osservazioni n. 16/2024, il deferimento alla valutazione collegiale del provvedimento in discorso.

In particolare, il Magistrato istruttore ha evidenziato che, per i contratti che si pongono al di sopra delle soglie di rilevanza europea (quale quello in esame), il d.lgs. n. 36 del 2023 opera in linea di sostanziale continuità con il previgente d.lgs. n. 50 del 2016, accordando una preferenza generalizzata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relegando il criterio del minor prezzo a ipotesi tassativamente predeterminate. Difatti, l'art.

108, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 dispone che le stazioni appaltanti procedano all'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita. Tale regola generale prevede – ai successivi commi 2 e 3 – specifiche eccezioni, non applicabili all'appalto in esame. In particolare, la fattispecie in valutazione non può essere ricondotta nell'alveo dell'art. 108, comma 3, che, nelle sole ipotesi di *“servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato”*, consente alle amministrazioni di ricorrere al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

Alla luce del sopra descritto quadro normativo, non ha ritenuto condivisibile quanto sostenuto dall'Amministrazione circa la sussistenza di un margine di discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione. Per i contratti c.d. *“sopra soglia”*, infatti, la possibilità di scelta tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo troverebbe applicazione nelle sole ipotesi di cui all'art. 108, comma 3.

Tale conclusione non si pone, peraltro, in contrasto con la richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 8706/2023), le cui statuizioni necessitano di essere contestualizzate rispetto alla fattispecie oggetto del giudizio. In dettaglio, la sentenza citata aveva ad oggetto un appalto rientrante nell'ambito di applicabilità dell'art. 108, comma 3, d.lgs. 36/2023, che – come esposto – rappresenterebbe l'unica ipotesi in cui sussiste un margine di scelta in capo all'amministrazione circa il criterio di aggiudicazione da adottare. Ne consegue che quanto affermato dal Consiglio di Stato non può essere *“decontestualizzato”* al fine di trarne conclusioni generalizzate sulla sussistenza di un margine di discrezionalità che vada oltre quanto espressamente previsto dall'art. 108, comma 3, del d.lgs. 36 del 2023. Da ultimo, il Magistrato istruttore ha ritenuto non risolutivo quanto sostenuto dall'Amministrazione circa l'esigenza di selezionare un criterio di aggiudicazione che consentisse una riduzione dei tempi della procedura. L'esigenza di speditezza, connessa all'utilizzo dei fondi PNRR, rappresenta, infatti, una mera circostanza di fatto, che non può giustificare il ricorso a un criterio di aggiudicazione non consentito dalla normativa vigente. L'Amministrazione, con nota acquisita al prot. n. 5915 del 12 luglio 2024, ha trasmesso la propria memoria, precisando i profili di specificità dell'appalto in discorso, che hanno condotto all'adozione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo. Il Provveditorato, in particolare, ha ribadito la libertà, ancorché non illimitata, accordata alle amministrazioni

aggiudicatrici nella scelta del criterio di aggiudicazione dalla Direttiva 2014/24/UE (art. 67, par. 4, recepito dall'art. 108 del vigente Codice dei contratti). Mutuando la definizione euro-unitaria, alla nozione di *"offerta economicamente più vantaggiosa"* è stato attribuito un significato onnicomprensivo di tutti i possibili criteri di aggiudicazione (sia quello basato sul miglior rapporto qualità prezzo, che sul minor prezzo, che sul costo del ciclo di vita). Tale innovazione terminologica si fonda su una delle indicazioni della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui la locuzione in parola deve riguardare tutti i criteri di aggiudicazione *"dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte"* (Considerando n. 89). Anche il tenore letterale del vigente art. 108 riconduce tutti i possibili criteri di aggiudicazione (compreso quello del minor prezzo) entro la categoria generale della *"offerta economicamente più vantaggiosa"*.

In virtù del principio di proporzionalità, ha sostenuto l'Amministrazione, non si può escludere aprioristicamente l'utilizzo del criterio del prezzo più basso per gli appalti che si pongono al di sopra delle soglie di rilevanza europea, laddove la stazione appaltante, per le caratteristiche dell'intervento, abbia la possibilità di predeterminare adeguatamente l'oggetto del contratto e di costruire la *lex specialis* in modo da soddisfare, già a monte, l'interesse perseguito dall'Amministrazione con la gara. L'interpretazione conforme al diritto euro-unitario impone, pertanto, di conservare alla stazione appaltante una libertà di scelta nell'individuazione dei criteri di aggiudicazione. Infatti, imporre sempre il criterio del miglior rapporto qualità prezzo porterebbe a travalicare quanto necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti dalla direttiva e si porrebbe in contrasto con il principio di proporzionalità. In tale contesto normativo, la discrezionalità in capo all'Amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione risulta testualmente preclusa nelle sole ipotesi di cui all'art. 108, comma 2 (nel cui elenco tassativo non ricade l'appalto in argomento). Il legislatore, coerentemente con quanto indicato nella Direttiva UE, si limita, nelle altre ipotesi, ad indicare delle coordinate per il corretto esercizio della discrezionalità, senza escluderla a priori.

Nel caso di specie, ha proseguito il Provveditorato, il progetto esecutivo presentava un elevato livello di dettaglio e le valutazioni tecniche sottese alla costruzione della procedura di gara, nonché della dinamica evolutiva del cantiere rispetto delle esigenze logistiche

dell'Amministrazione usuaria (Tribunale di Genova), hanno condotto la Stazione appaltante a ritenere il criterio del minor prezzo adeguato e conveniente.

Con la procedura in argomento, peraltro, è stata garantita la possibilità di una concorrenza effettiva; la partecipazione degli operatori economici, altamente qualificati, è stata alquanto ampia, con la presentazione di n. 25 offerte. Inoltre, è stata verificata l'accuratezza delle informazioni fornite dai concorrenti in merito all'elemento prezzo, conformemente a quanto previsto dal disciplinare di gara, richiedendo a tutti gli operatori economici la cui offerta si collocava al di sopra della media aritmetica dei ribassi (n. 11) di fornire idonee giustificazioni, mediante la produzione di "*dettagliata analisi del prezzo, corredata delle offerte commerciali dei materiali-apparecchiature impiegati, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara*". In questo modo, la Stazione appaltante è pervenuta all'aggiudicazione non sulla base della valutazione del solo dato del prezzo, ma affiancando la puntuale verifica delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto. Appariva meno adeguata, nel caso di specie, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, in ragione delle valutazioni tecniche operate già in fase di predisposizione di gara, frutto di serrata interlocuzione con l'Amministrazione usuaria, nell'ottica di garantire la continuità dei servizi e il minor disagio possibile alle attività del Tribunale.

In aggiunta, l'Amministrazione ha osservato che negare in radice la discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione si porrebbe in contrasto con l'impianto del nuovo Codice, quale desumibile dal principio del risultato, collocato nella disposizione di apertura (art. 1), che si impone espressamente quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4) e presiede all'interpretazione e applicazione di tutte le altre disposizioni del Codice (art. 4).

Nella fase della predisposizione della legge di gara si deve predeterminare il risultato, ossia la scelta che meglio risponderà all'interesse primario perseguito dall'Amministrazione e, sempre in questa fase, si persegue l'obiettivo della tempestività, che avviene, normalmente, attraverso la scelta del sistema di gara e del criterio di aggiudicazione. Sotto questo ulteriore profilo, è stato ribadito che l'appalto in argomento riguarda un intervento finanziato con risorse PNRR (che identifica puntualmente *milestones* e *target* da raggiungere, ed i tempi).

In tale prospettiva, le esigenze connesse all'attuazione degli investimenti PNRR finiscono per incidere sulla proporzionalità (mezzo rispetto al fine) della decisione rispetto alla scelta

del criterio di aggiudicazione. Quello del minor prezzo è apparso adeguato ad assicurare la selezione della migliore offerta rispetto alle specificità del caso concreto, garantendo di perseguire, con efficacia ed efficienza, l'interesse pubblico sotteso alla gara. Infatti, sulla base delle valutazioni tecniche svolte nella fase di predisposizione, le caratteristiche del fabbisogno dell'Amministrazione usuaria (recepite nel progetto, sviluppato fino al livello esecutivo) non rendevano utile individuare altri parametri qualitativi su cui valutare la componente tecnica; il progetto esecutivo (massimo dettaglio di approfondimento richiesto dalla legge) individuava compiutamente i lavori da eseguire, con relativo livello qualitativo, garantito, anche sotto l'aspetto ambientale, dal rispetto del principio di DNSH (*do not significant harm*), a cui è sottoposto un qualsiasi progetto PNRR.

Alla pubblica udienza sono intervenuti, in rappresentanza dell'Amministrazione, la dott.ssa Carmen Barbieri, dirigente dell'Ufficio 1 della Sede di Torino, delegata dal Capo Dipartimento; l'ing. Crescenzo Prisco, dirigente dell'Ufficio 3 della Sede coordinata di Genova; la dott.ssa Silvana Taricco, dirigente dell'Ufficio 4 della Sede coordinata di Genova. I rappresentanti dell'Amministrazione hanno ribadito quanto rappresentato nella memoria, specificando, altresì, che la parte preponderante dell'appalto è quella impiantistica, ossia la fornitura e posa in opera di macchinari standard, seppur con caratteristiche prestazionali elevate; sul costo complessivo dei lavori a base di gara, pari a euro 6.603.943,59, l'incidenza in termini percentuali delle forniture è stata pari al 85 per cento (euro 5.617.092,46) mentre il costo della manodopera presenta una percentuale del 14,94 per cento (euro 986.851,13), informazioni specificate nella nota acquisita al protocollo della Sezione n. 3837 del 17 luglio 2024. È stato, inoltre, ribadito che l'appalto deve osservare il principio PNRR del *Do not significant harm* (DNSH), che impone specifiche tecniche molto stringenti, per le quali in fase progettuale deve essere previsto un livello di qualità elevato nella scelta dei materiali, realizzando, altresì, un abbattimento dei costi energetici in misura maggiore rispetto ai *target* dell'Unione europea (20 per cento). È stato, inoltre, rimarcato come la procedura di gara abbia garantito una concorrenza effettiva fra operatori altamente qualificati, in possesso della qualifica SOA 4-bis, e tutti dotati di certificazione ISO 9001.

DIRITTO

La questione oggetto del deferimento a questa Sezione regionale di controllo risulta incentrata su un unico profilo di dubbio di legittimità, afferente alla possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare, negli appalti di lavori c.d. "*sopra soglia*" (art. 14

d.lgs. n. 36 del 2023), il criterio di aggiudicazione delle offerte basato sul prezzo più basso, alla luce della formulazione dell'art. 108 del vigente Codice dei contratti pubblici.

La direttiva del Parlamento europeo 26 febbraio 2014, n. 24, sugli appalti pubblici nei c.d. settori ordinari, nell'esplicitare le motivazioni della disciplina in materia di "*criteri di aggiudicazione*" (Considerando n. 89) evidenzia, in primo luogo, come la normativa europea faccia generale ricorso al termine "*offerta economicamente più vantaggiosa*", "*dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico*". Precisa, poi, che per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione in precedenza noto come "*offerta economicamente più vantaggiosa*", contenuto nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, è stato utilizzato un termine diverso (per distinguere dal prezzo più basso e dal criterio del costo), vale a dire il "*miglior rapporto qualità/prezzo*".

Il successivo Considerando n. 90 puntualizza che l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi, che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia "*l'offerta economicamente più vantaggiosa*". In tale direzione, prosegue, occorre stabilire esplicitamente che quest'ultima dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Tale valutazione, tuttavia, "*potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia*" (in tale contesto le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate, utilizzando le "*specifiche tecniche*" o le "*condizioni di esecuzione*" dell'appalto, profilo messo in luce anche dall'Amministrazione nella memoria in precedenza illustrata).

Il medesimo Considerando dispone che, "*al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo*", qualora lo ritengano appropriato, come lo Stato italiano, per esempio, ha fatto, anche in sede di approvazione del vigente Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, ai commi 2 e 3 dell'art. 108.

Il Considerando 96, inoltre, chiarisce che, "*tranne se la valutazione è basata esclusivamente sul prezzo*" (criterio di aggiudicazione che la direttiva, come visto, prevede quale metodo ordinario di aggiudicazione, salvo possibilità, per gli Stati membri, di escluderlo o limitarlo), le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso ricorrendo a un approccio basato sui costi del ciclo di vita

(concetto che comprende tutti gli oneri che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi, sia interni che imputabili, per esempio, a esternalità ambientali, a condizione che possano essere monetizzati e controllati).

Le *“considerazioni”* esposte nelle premesse della direttiva UE n. 24/2014 trovano concretizzazione nell’articolato normativo, che, all’art. 67, rubricato *“criteri di aggiudicazione dell’appalto”* dispone che, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all’aggiudicazione degli appalti sulla base della *“offerta economicamente più vantaggiosa”*. Quest’ultima, in aderenza al comma 2, è individuata sulla base del *“prezzo”* o del *“costo”* (seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, conformemente all’articolo 68) e, prosegue, *“può includere il miglior rapporto qualità/prezzo”* (valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto pubblico).

Il periodo finale del comma 2 dell’art. 67 ribadisce che gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non usino il *“prezzo”* o il *“costo”* come unico criterio di aggiudicazione o possono limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni o a determinati tipi di appalto (come lo Stato italiano ha fatto con l’art. 108, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 36 del 2023).

Il comma 4 della medesima disposizione puntualizza, poi, che i *“criteri di aggiudicazione non hanno l’effetto di conferire all’amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata”* e che devono garantire la *“possibilità di una concorrenza effettiva”* (la valorizzazione della discrezionalità, motivata nell’ambito della cornice legislativa, nella scelta del criterio di aggiudicazione è stata sottolineata, evidenziandone gli elementi a supporto, anche nella memoria dell’Amministrazione, in aderenza a quanto affermato, in generale, anche dalla Magistratura amministrativa, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 8706/2023).

Tali disposizioni risultano recepite dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che, sul punto, opera in sostanziale continuità (anche se con alcune differenze) rispetto al previgente d.lgs. n. 50 del 2016. Entrambi i testi normativi, appare opportuno precisarlo, sono stati approvati in attuazione delle medesime direttiva UE n. 23, 24 e 25 del 2014 e, come tali, devono osservare la relativa disciplina, salvo i margini di intervento da parte dello Stato membro, come previsto, espressamente, in materia di criteri di aggiudicazione.

L'art. 107 (che apre il Titolo V, *"La selezione delle offerte"*, della Parte V), nel delineare i *"principi generali in materia di selezione"*, prevede che gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti agli articoli da 108 a 110 (previa verifica che l'offerta sia conforme alle previsioni contenute nel bando e nei documenti di gara e che provenga da un operatore non escluso e che possiede i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali prescritti).

Il successivo art. 108, riferito nello specifico al *"criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture"*, dispone, in aderenza alla regola generale posta dalla Direttiva UE n. 24/2014 (considerando 89, 90 e 96, nonché art. 67) che, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o servizi, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti di *"lavori, servizi e forniture"* (oltre che dei concorsi di progettazione e di idee) sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del *"miglior rapporto qualità/prezzo"* o sulla base *"dell'elemento prezzo"* o del *"costo"*, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita (conformemente all'Allegato II.8 al Codice).

Pertanto, il nuovo Codice enuncia, quale regola di carattere generale, valevole per tutti gli appalti di lavori, forniture e servizi (salva la differente regolamentazione, per quelli c.d. *"sotto soglia"*, nell'art. 50, comma 4), l'utilizzazione, al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (locuzione che, come visto, in base alla Direttiva UE, comprende, quale *genus*, tutti gli specifici criteri di aggiudicazione), del miglior rapporto qualità/prezzo o dell'elemento prezzo o del costo, triplice alternativa formulata, sul piano letterale, facendo ricorso ad apposite congiunzioni disgiuntive.

In aderenza all'esposta disposizione, gli appalti di lavori, anche di importo superiore alla c.d. soglia europea, quale quello oggetto del decreto di approvazione in esame, possono essere aggiudicati sulla base del solo *"elemento prezzo"* (come avvenuto, nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, nella fattispecie in esame) o del *"costo"* (quale costo del ciclo di vita della lavorazione) o, ancora, del *"miglior rapporto qualità/prezzo"*.

Il successivo comma 2 dell'art. 108, invece, facendo uso dei margini di intervento concessi, in materia, dalla direttiva UE, ai legislatori nazionali (cfr. citato art. 67, comma 2, ultimo periodo), impone l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo per alcune predeterminate tipologie di appalti di servizi e forniture (sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, ad alta intensità di manodopera, di ingegneria e

architettura o, comunque, di natura tecnica e intellettuale; caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo) e, per gli appalti di lavori, in caso di affidamento con le procedure del dialogo competitivo e del partenariato per l'innovazione (lett. *d*), di appalto integrato (lett. *e*) o caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo (lett. *f*).

Il legislatore nazionale, pertanto, ha precluso l'utilizzo del criterio di aggiudicazione sulla base del solo elemento prezzo (e del costo) per alcuni, espressamente individuati, appalti di forniture/servizi e di lavori (ipotesi, queste ultime, elencate alle lettere *d*), *e*) ed *f*) del comma 2 dell'art. 108). Si tratta di conferma, *a contrario*, del fatto che, per tutte le altre fattispecie di appalti di lavori (quale quella in esame), le amministrazioni aggiudicatrici possono far ricorso a tutti i criteri di aggiudicazione sintetizzati nella locuzione "*offerta economicamente più vantaggiosa*", anche a quello del minor prezzo (motivando l'esercizio della propria discrezionalità in conformità all'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva, come indicato dalla citata Direttiva europea all'art. 67, comma 4).

L'art. 108, comma 3, completa le alternative dettate in materia, prevedendo che possa 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, come definiti dall'art. 2, comma 1, lett. *e*), dell'allegato I.1 al medesimo Codice). La disposizione, sempre in aderenza alla Direttiva UE n. 24/2014 (che consente sia di precludere che di limitare l'utilizzo dei criteri del prezzo e del costo), individua due categorie di appalti di forniture e di servizi per le quali può essere utilizzato il criterio del minor prezzo, senza citare e considerare gli appalti di lavori (la cui disciplina, in punto di criteri di aggiudicazione, si trova al comma 1, quale regola generale, ed al comma 2, per le eccezioni).

Tale regolamentazione, come detto, risulta in sostanziale continuità con quella contenuta all'art. 95 del previgente Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 50 del 2016. Anche quest'ultima norma, dopo il richiamo agli esposti principi di carattere generale affermati dalla Direttiva UE n. 24/2014, disponeva le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, formulazione analoga a quella contenuta nel vigente Codice, incentrata sul riferimento, per individuare l'offerta più vantaggiosa, ai tre criteri del

miglior rapporto qualità/prezzo, dell'elemento prezzo o del costo (anche in questo caso disgiunti, letteralmente, da apposita congiunzione).

Posta la regola di carattere generale, valevole per tutti gli "appalti" (di lavori, servizi e forniture), anche il previgente Codice conteneva preclusioni e limitazioni ai successivi commi 3 e 4 dell'art. 95. In particolare, il comma 3 imponeva il ricorso all'offerta economicamente vantaggiosa basata sul rapporto qualità/prezzo per alcune predeterminate categorie di appalti di servizi e forniture (senza far riferimento alcuno ad appalti di lavori). La presenza, invece, nel vigente art. 108, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, dell'imposizione del criterio del miglior rapporto qualità prezzo anche per alcune fattispecie di lavori (quelle elencate alle lettere *d*), *e*) ed *f*) costituisce ulteriore conferma indiretta del fatto che il legislatore ha ritenuto, come regola di carattere generale (posta dal comma 1), di consentire, per gli altri appalti di lavori non ricadenti nell'eccezione, il ricorso a tutti e tre i criteri di aggiudicazione previsti dalla Direttiva europea (fra cui il minor prezzo, utilizzato dall'Amministrazione procedente nel caso in esame).

Può essere utile ricordare, in proposito, come la formulazione originaria del comma 4 dell'art. 95 del previgente Codice contenesse una limitazione al ricorso al criterio del minor prezzo anche per gli appalti di lavori, consentendone il ricorso solo per quelli di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro (e quando l'affidamento avveniva con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo). Tale norma, che, espressamente, introduceva una limitazione al ricorso del criterio del minor prezzo per gli appalti di lavori, era stata poi abrogata dall'art. 1, comma 20, lett. *t*), n. 2), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) e non è stata riprodotta nel vigente Codice dei contratti.

In conclusione, se la Direttiva europea consente di precludere o limitare il ricorso a criteri di aggiudicazione basati sul solo elemento del prezzo e/o del costo, tale opzione è stata adottata, dal legislatore nazionale, per alcune fattispecie di appalti di forniture, servizi e lavori (comma 2 dell'art. 108), *sub specie* di imposizione del ricorso al criterio del miglior rapporto qualità prezzo, e per altre predeterminate categorie di appalti di servizi e forniture (comma 3 dell'art. 108), *sub specie* di facoltà al ricorso al criterio del minor prezzo.

Nessuna eccezione o limitazione è stata, invece, introdotta per gli, altri, appalti di lavori (quale quello oggetto dell'odierno esame, aggiudicato sulla base di una procedura aperta bandita previa approvazione e verifica di un progetto esecutivo), eccezioni o limitazioni che, in base alle regole europee, il legislatore italiano avrebbe ben potuto porre, ma che non ha

fatto. Né si può dedurre, in via meramente interpretativa, una limitazione all'agire discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici, che, nella specie, vedrebbe precluso l'utilizzo del criterio del minor prezzo per la generalità degli appalti di lavori c.d. "*sopra soglia*", in assenza di una espressa previsione legislativa.

In proposito, pare opportuno ricordare, come, pur in presenza di una esplicita disposizione normativa, il Consiglio di Stato, Sezione quinta, con ordinanza n. 10530/2023, ha rimesso alla Corte di giustizia UE una questione interpretativa pregiudiziale (art. 267 TFUE) circa la compatibilità con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (artt. 49 e 56 TFUE) e di proporzionalità, nonché con l'art. 67, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE, delle limitazioni contenute nell'art. 95, commi 3, lettera *a*), e 4, lettera *b*), del previgente d.lgs. n. 50 del 2016 (analoghi all'art. 108, comma 2, lett. *a*), e comma 3, del vigente d.lgs. n. 36 del 2023), come interpretate dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 8/2019, secondo la quale, in caso di appalti aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate e, al contempo, ad alta intensità di manodopera, è vietata all'amministrazione aggiudicatrice la previsione, quale criterio di aggiudicazione, del minor prezzo, anche nell'ipotesi in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera.

Pertanto, nelle motivazioni delle due pronunce da ultimo citate della Magistratura amministrativa, anche se non afferenti, se non indirettamente, alla specifica questione di diritto oggetto di esame in questa sede, nulla si dice in ordine a eventuali limitazioni, per gli appalti di lavori sopra soglia, all'utilizzo del criterio del prezzo più basso.

Come detto, la normativa dettata, in materia, dal nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 108) ricalca, salvo le esposte differenze, quella posta dal previgente d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 95), in relazione alla quale sono presenti una serie di pronunce dei giudici amministrativi (formatesi, in particolare, sulle modalità di valutazione delle c.d. offerte anomale) riferite a fattispecie di appalti di lavori "*sopra soglia*" UE (o superiori all'importo di un milione di euro, per la quale il previgente Codice, all'art. 36, comma 2, lett. *d*), richiedeva il ricorso alle procedure "*sopra soglia*") aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, senza che tale profilo sia stato oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti né in alcun modo stigmatizzato, anche solo incidentalmente, nelle motivazioni delle pronunce reperite (può farsi rinvio, per esempio, a Cons. Stato, Sez. V, sentenze n. 4056/2022, n. 7303/2021; n. 2594/2021, n. 6013/2019, n. 572/2019 e Sez. III, sentenza n. 6821/2021).

Medesima assenza di contestazioni o argomentazioni contrarie si rinviene nella recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5319/2024, anch'essa relativa ad un appalto di lavori "sopra soglia" aggiudicato con il criterio del prezzo più basso, con bando pubblicato in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023.

La possibilità del ricorso ad una aggiudicazione basata sul solo elemento del prezzo per gli appalti di lavori sopra soglia (salvo le eccezioni normativamente previste, sopra esposte), riconosciuta anche dalla esposta giurisprudenza amministrativa, trova indiretta conferma nel fatto che, nell'appalto di lavori in esame, del valore di circa 6 milioni di euro, a fronte della presentazione di 25 offerte (e, pertanto, di un sensibile interesse degli operatori del settore), non risulta presentato alcun ricorso, né avverso il bando né contro l'aggiudicazione (in particolare per quanto riguarda il profilo, rilevante in questa sede, del ricorso, da parte dell'Amministrazione procedente, al criterio del prezzo più basso).

Appare opportuno sottolineare, peraltro, come fatto per altro verso dal Provveditorato interregionale alle opere pubbliche in sede di memoria, come la scelta, discrezionale, del ricorso, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al criterio del minor prezzo, non comporta una, necessaria, minore considerazione dei profili relativi alla qualità (anche ambientale) dei lavori da realizzare. Tale obiettivo, infatti, può essere perseguito sia in sede di valutazione (e relativi criteri di ponderazione) delle offerte (art. 108, comma 4) che, indirettamente, in occasione della previa selezione degli offerenti (elevando, nei limiti del principio di proporzionalità, i requisiti tecnico-organizzativi richiesti, art. 100). Più in particolare, la qualità può essere perseguita, dalle amministrazioni aggiudicatrici, nella definizione delle specifiche tecniche (art. 79), negli indirizzi alla progettazione e con i requisiti tecnici che i livelli di progettazione devono presentare per poter essere approvati e validati (art. 41 e Allegato I.7) e con le modalità di esecuzione delle prestazioni come declinate nei capitolati speciali di appalto (art. 87).

Pertanto, come messo in evidenza anche dall'Amministrazione procedente, la scelta del ricorso, per gli appalti di lavori sopra soglia, al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può derivare anche dall'intervenuta predeterminazione dei livelli qualitativi che, nell'esecuzione delle prestazioni, devono essere osservati, come declinati in sede di indirizzi e requisiti di progettazione, specifiche tecniche e clausole contenute nei capitolati speciali.

Da ultimo, un accenno al principio del risultato (art. 1 d.lgs. n. 36 del 2023), richiamato anch'esso, dall'Amministrazione procedente, a fondamento della scelta del ricorso al

criterio del prezzo più basso (in ragione dell'esigenza di concludere le procedure di aggiudicazione, e l'esecuzione del contratto, entro i tempi massimi prescritti per gli interventi finanziati dal PNRR). Se quest'ultimo, infatti, pur affermato dal legislatore come principio generale in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, non può consentire una deroga a precise disposizioni del d.lgs. n. 36 del 2023 (per restare in materia, non può condurre ad un'eventuale non osservanza di quanto prescritto dall'art. 108, comma 2, in ordine agli appalti da aggiudicare necessariamente con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo), ben può invece costituire una delle argomentazioni (ove accompagnata da riscontrabili elementi di fatto) a supporto dell'esercizio della discrezionalità, nella scelta, fra le varie ipotesi previste dall'art. 108, comma 1, per gli appalti di lavori, del criterio di aggiudicazione basato sul solo elemento del prezzo.

PQM

La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria

- ammette al visto e alla conseguente registrazione il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Provveditorato interregionale per il Piemonte, la Valle d'Aosta e la Liguria – Sede coordinata di Genova - n. 165 del 2 aprile 2024, di approvazione del contratto di appalto di lavori rep. n. 4767 del 15 marzo 2024;
- dispone la trasmissione di copia della presente deliberazione, a cura della Segreteria della Sezione, al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Provveditorato interregionale per il Piemonte, la Valle d'Aosta e la Liguria – Sede coordinata di Genova;
- manda alla Segreteria della Sezione per i relativi adempimenti, comprensivi di quelli relativi all'inserimento della pronuncia nel sito internet istituzionale della Corte dei conti.

Genova, così deciso nella camera di consiglio del 17 luglio 2024.

Il presidente

Maria Teresa Polverino

Il magistrato estensore

Donato Centrone

Depositato in Segreteria il 9 agosto 2024

Il funzionario preposto dott.ssa Cinzia Camera