

Circolare 1 marzo 2007 della Presidenza del Consiglio dei Ministri

“Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.”

G.U. 15 maggio 2007, n. 111

Gli Uffici della Commissione europea - Direzione generale per il Mercato interno - hanno segnalato al Governo italiano dei casi nei quali stazioni appaltanti italiane, nel redigere i bandi di gara, hanno preso in considerazione, come criteri per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, requisiti che attengono alla capacità tecnica del prestatore anziché alla qualità dell'offerta, in violazione della normativa comunitaria applicabile in materia.

In particolare, è stato constatato che in un numero considerevole di gare, segnatamente per l'attribuzione di appalti di servizi, gli elementi presi in considerazione come criteri di aggiudicazione si riferiscono piuttosto alla fase di selezione del prestatore.

Preso atto delle argomentazioni giuridiche poste a fondamento dei rilievi avanzati dalla Commissione europea ed allo scopo di prevenire l'apertura di procedure di infrazione da parte della Commissione ed eventuali controversie giudiziarie davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si indicano qui di seguito le regole comportamentali alle quali dovranno attenersi le stazioni appaltanti nella materia di cui all'oggetto, alla luce dei principi e delle norme del diritto comunitario.

In particolare, l'art. 44, comma 1, della direttiva 2004/18/CE, dispone che: «L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli artt. 53 e 55, tenuto conto dell'art. 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli artt. 45 e 46, effettuato dalle Amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme e ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3».

Per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di "selezione dell'offerente", e criteri di aggiudicazione e quindi di "selezione dell'offerta" è rigorosa.

Benché non sia escluso che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano aver luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse.

L'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. da 47 a 52 della stessa direttiva. Lo scopo di questi articoli non è quello di limitare la competenza degli Stati membri a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesta dalla partecipazione alle varie gare d'appalto, bensì di stabilire quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono prodursi per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica dei fornitori.

Per quanto riguarda, invece, i criteri che possono essere utilizzati per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'art. 53 della direttiva 2004/18/CE stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere tra il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. Quando l'aggiudicazione è a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi criteri variabili, ma collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto. La «scelta, in tal caso, è limitata e può riguardare soltanto i criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta

economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore» (Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 1988 in causa 31/87 Beentjes; sentenza 19 giugno 2003 in causa C-315/01 GAT).

Per quanto riguarda, in particolare, l'aggiudicazione degli appalti di servizi, si è posto il problema dell'utilizzo, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore (es. curriculum, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza). Tali elementi, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti.

È nella fase di selezione, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice include i criteri che ritiene necessari al fine di accertare la capacità dell'offerente a provvedere al servizio in questione. Quindi, l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta.

L'offerta deve, invece, essere valutata in base a criteri che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurare il valore, ciò che esclude che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente.

Pertanto, se l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si possono determinare la qualità ed il valore tecnico dell'offerta prendendo in considerazione elementi come il metodo e l'organizzazione del lavoro ovvero la composizione del team proposto per lo svolgimento del servizio. A questo stadio della procedura, invece, non è più possibile valutare elementi attinenti alla capacità dell'offerente ma solamente le modalità attraverso le quali il prestatore prevede di eseguire il servizio.

Nel rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, si invitano, pertanto, tutte le Amministrazioni interessate a conformarsi con effetto immediato alle ricordate prescrizioni in sede di redazione di tutti i bandi di gara e della relativa documentazione per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Al fine di garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva e nel rispetto dei principi sanciti dal Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, si ricorda, inoltre, che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici. Per questo motivo, le Amministrazioni aggiudicatrici, quando non adottano come unico criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ma si fondano su vari criteri al fine di procedere all'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute a menzionare questi criteri nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Si ricorda che la Commissione europea è già più volte intervenuta nei confronti del Governo italiano, sottoponendo a vaglio critico il comportamento di alcune stazioni appaltanti che nel corso di procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti hanno pubblicato avvisi di gara in palese contrasto con il diritto comunitario.

Poiché l'eventuale ripetersi di comportamenti simili da parte delle stazioni appaltanti, da ritenersi illegittimi per violazione delle regole comunitarie sopra descritte, potrebbe comportare condanne dello Stato italiano ai sensi dell'art. 228 del Trattato CE, con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione Europea, si invitano tutte le stazioni appaltanti ad attenersi scrupolosamente agli indirizzi operativi di cui alla presente circolare, con l'avvertenza che, in caso di inosservanza di siffatti obblighi, si incorrerà nella responsabilità amministrativa per danno

Circolare 1 marzo 2007 della Presidenza del Consiglio dei Ministri
"Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi."
G.U. 15 maggio 2007, n. 111

all'erario, con consequenziali provvedimenti a carico dei pubblici funzionari che vi hanno dato causa.

La presente circolare sarà pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana al fine di assicurarne una diffusa conoscenza sull'intero territorio nazionale.

Il Ministro per le politiche europee
Emma Bonino