

Francesco Antonio Caputo

Avvocato amministrativista del Foro di Roma

Mancata specificazione dei sub-criteri: impugnabilità immediata?

**Sommario: Premessa; 1. La normativa comunitaria e quella interna in tema di ponderazione dei parametri di valutazione nelle gare pubbliche; 2. La recente modifica dell'art. 83, comma 4, D.Lgs. 163/06 in seguito a procedimento di infrazione della Commissione europea; 3. Impugnabilità immediata o meno del bando *contra legem*, di fatto violativo del “*clare loqui*”, circa la mancata indicazione di criteri e *sub-criteri*.
Appendice comprensiva di normativa e giurisprudenza, nonché altro materiale di riferimento.**

Premessa

Buon pomeriggio a tutte le autorevoli presenze in sala, grazie a chi mi ha preceduto e grazie soprattutto ai componenti del tavolo dei relatori.

Mi hanno insegnato che la prima cosa con cui deve rapportarsi un avvocato di fronte ad un provvedimento amministrativo è l'individuazione della sua valenza lesiva e – conseguentemente – il *dies a quo* ed il *dies ad quem* che stabiliscono i termini di decadenza ai fini dell'impugnativa.

Ebbene, quando mi permisi di scomodare l'amico Federico Titomanlio intrattenendolo fugacemente sul concreto dubbio, che ritenevo dovesse cominciare a sorgere negli operatori del diritto degli appalti pubblici, sull'impugnazione immediata o meno della sezione del bando di gara di una procedura ad evidenza pubblica, da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, che in spregio alla norma, non individuasse analiticamente i criteri e i *sub-criteri* di valutazione della componente tecnica delle offerte, in assenza di uno scarto appropriato tra il punteggio minimo e massimo della soglia relativa all'elemento cui si riferisce, non pensavo che la benevolenza interpersonale dell'interlocutore mi portasse ora a cercare di indurre nel dubbio anche questa sala che è di sicuro uno dei pensatoi più dotti in materia di pubbliche commesse e di cui mi auguro di riuscire ad essere parte produttivamente integrante ed integrata.

1. Come noto, la Direttiva comunitaria 2004/18/CE detta un'importante innovazione per la stesura dei bandi (*rectius*: delle regole) afferenti alle gare ad evidenza pubblica che si rinviene sia nel secondo capoverso del Considerando (46), sia nel comma 2 dell'art. 53.

Il primo degli indicati riferimenti normativi dispone che *“Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti è opportuno prevedere l'obbligo - sancito dalla giurisprudenza - di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Spetta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte. Le amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'indicazione della ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente motivati, che devono essere in grado di giustificare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare l'ordine decrescente di importanza di tali criteri.”*.

Analogamente, ed in termini di principio ricognitivo della materia¹, l'art. 53 della medesima Direttiva, al suo secondo comma, prevede che *“[omissis] l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'onere o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

Il Legislatore comunitario ha quindi voluto sottolineare, *in primis*, l'importanza dell'enucleazione dei criteri di ordine economico e qualitativo (quest'ultimi scomponibili in *sub-criteri*) posti alla base della valutazione della Commissione giudicatrice per individuare

¹ In questo senso cfr. l'ordinanza del TAR Lombardia, in tema di R.T.I., in cui si afferma che, ancor prima del recepimento delle direttive e della scadenza del termine per il recepimento, *“le disposizioni richiamate possono considerarsi applicabili in quanto ricognitive di principi della materia, in parte già accertati dalla giurisprudenza comunitaria (C.Giust. 2.12.1999 C-176/98). Il bando di gara nella parte in cui contrasta con norme comunitarie sufficientemente puntuali deve essere disapplicato”*: Bs, ord. n. 334 dell'11 marzo 2005.

concretamente l'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché, *in secundis*, indicare, quale regola generale, la loro specificazione analitica e dettagliata nell'atto iniziale del procedimento di gara, *rectius*: nel bando².

La nuova Direttiva in realtà rappresenta il portato di una costante elaborazione della Corte di Giustizia³ che, con una pronuncia intercorsa agli inizi dello scorso anno, ma riferita ad una vicenda venuta in essere durante la vigenza della precedente Direttiva 92/50/CE, ha statuito come “*gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici*”, sostenendo che nulla “*osta a tale modus procedendi, purché ricorrano tre condizioni molto specifiche, cioè purché esso: 1) non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'onere o nel bando di gara; 2) non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione; 3) non sia stato adottato tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti*”⁴.

² In realtà si deve precisare che un procedimento di gara prende le mosse, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del Codice degli appalti, dal momento in cui “*le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*”. Conseguentemente ogni procedura concorsuale trae il proprio fondamento non dal bando di gara, bensì anche dalla scelta dell'Amministrazione di contrarre: vero atto introduttivo del procedimento che, pertanto, nell'attuale sistema degli appalti pubblici trova un esplicito riscontro. L'individuazione degli elementi menzionati risulta fondamentale per comprendere, non solo nell'ipotesi di andamento patologico dell'appalto, ma anche nei casi di esecuzione regolare, il corretto adempimento da parte dell'appaltatore nonché la correttezza delle scelte della Stazione appaltante sotto il profilo giuridico – normativo. Di talchè, proprio per l'indiscutibile valore nell'ambito della concatenata sequela di atti che pertiene all'atto introduttivo, o agli atti introduttivi, del procedimento medesimo, non c'è dubbio che i menzionati documenti siano l'eziologico presupposto funzionale alla successiva redazione del bando di gara; in quest'ultimo atto si rinvengono poi lo specifico oggetto dell'appalto e la durata del relativo rapporto contrattuale che verrà instaurato e vengono meglio definiti i numerosi dettagli afferenti lo svolgimento sia della procedura concorsuale, sia della commessa da affidarsi, che sono stati enucleati per sommi capi nelle precedenti determinazioni amministrative. Riportando il discorso alla tematica principale, e quindi alla determinazione di criteri e *sub*-criteri e alle relative modalità di impugnazione, si deve precisare come essi debbano essere individuati solamente con il bando di gara, mentre la determina a contrarre si “*limita*” alla scelta del criterio di selezione delle offerte (offerta economicamente più vantaggiosa o prezzo più basso), incidendo in modo rilevante sul prosieguo del procedimento di aggiudicazione (l'individuazione di criteri, *sub*-criteri etc., sarà infatti ovviamente necessaria solamente in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

³ Si legge nel Considerando 1) della stessa Direttiva che essa “*si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui al Considerando 2)*”.

⁴ 24 gennaio 2008, n. C-532/06, che si rifà a quanto già sostenuto in data 24 novembre 2005, C-331/04.

Il Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 163/06) ha quindi applicato siffatte indicazioni, con l'art. 83⁵, i cui commi 2, 3 e 4 devono essere letti in combinato disposto per comprenderne a pieno la recepita innovatività⁶.

In particolare, prescindendo dalla elencazione a titolo esemplificativo degli elementi utilizzabili dalle Amministrazioni aggiudicatrici, contenuta nel primo comma, si richiede che i criteri di valutazione e di ponderazione attribuiti a ciascuno di essi, ovvero il loro ordine decrescente di importanza, siano contenuti nel bando di gara (o nel documento descrittivo in caso di procedura di dialogo competitivo).

Risulta meritevole di un breve approfondimento l'inciso del secondo comma, secondo cui l'attribuzione mediante una "soglia", deve essere *"espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato"*. La ponderazione relativa di ciascun criterio indica il peso di

⁵ Questo il testo dell'art. 83, commi 1- 5, del D.Lgs. 163/06, nella formulazione originaria:

"1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.

3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2, impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'onori, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare, con un unico parametro numerico finale, l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice".

⁶ Tra i numerosi commenti all'art. 83 si segnala *"Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture aggiornato con il decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6"*, L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), Quaderni del Giornale di diritto amministrativo, n. 15, Milano 2007; L. Fiorentino, *"Verso un nuovo codice degli appalti"*, in Astrid-Rassegna, 2006; R. Caponigro, *"La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*, Relazione al Convegno IGI, Roma, 14 ottobre 2008.

quell'elemento rispetto agli altri e, quindi, la rilevanza (*id est*: l'incidenza percentuale) dello stesso nell'ambito della complessiva valutazione da attribuire all'offerta. Il *range* di oscillazione stabilito per l'attribuzione dei punteggi ai vari elementi di valutazione deve essere appropriato, atteso che, laddove sia tale da ridurre il "peso" attribuito dalla *lex specialis* della gara al singolo criterio, la previsione può rivelarsi illegittima per illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa⁷, per cui vale l'obiettivo riscontro della rispondenza all'"oggetto" dell'appalto e al "fine" perseguito dalla Stazione appaltante, e quindi compatibile con le "esigenze cui l'offerta deve far fronte"⁸.

Precipuo interesse riveste il quarto comma, laddove introduce la possibilità per la Stazione appaltante di individuare anche dei *sub*-criteri, *sub*-pesi e *sub*-punteggi che dovranno, comunque, essere indicati direttamente nel bando⁹, anche affidandosi alla maggiore competenza di esperti del settore, qualora non si disponga delle competenze necessarie all'interno della propria organizzazione.

La normativa italiana appare, quindi, in linea, e per lo più riproduttiva, del dettato comunitario. Nonostante l'introdotta presenza degli esperti, infatti, si deve riconoscere che la determinazione di quanto necessario (criteri, *sub*-criteri e loro ponderazione) alla effettiva valutazione delle offerte, deve avvenire sempre in uno al bando di gara.

La giurisprudenza ha accolto con favore la norma. In relazione alla formulazione dell'art. 83 citato, infatti, il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza del 12 maggio 2008, n. 2189, ha affermato che *"questa disposizione, secondo l'interpretazione che si sta affermando nella sua prima*

⁷ Così R. Caponigro, *cit.*.

⁸ La 8^a Commissione permanente Lavori pubblici e comunicazioni del Senato della Repubblica, nel parere sull'atto del Governo n. 104, con riferimento all'art. 83 aveva precisato l'esigenza di una migliore definizione *"al fine di evitare un impiego distorto delle soglie della ponderazione impiegabili nell'offerta economicamente più vantaggiosa, che per quanto riguarda i criteri di valutazione aventi natura qualitativa le soglie di ponderazione si possono stabilire esclusivamente nel caso che a base di gara non sia posto un progetto che definisca già un livello minimo accettabile del lavoro della fornitura e del servizio cui si riferisce il bando ma unicamente la descrizione delle esigenze cui l'offerta deve far fronte, mentre per quanto riguarda i criteri di valutazione aventi natura quantitativa le soglie devono essere stabilite in base ad una formula matematica che faccia riferimento alle risposte fornite in gara dai concorrenti"*. Cfr., altresì, A. Coletta, *"Il Codice introduce nel criterio dell'offerta più vantaggiosa due nuove disposizioni. Da esaminare con attenzione"*, in Progetto e Pubblico, Febbraio 2009, pp. 42 e 43.

⁹ Con condivisibile approdo, la giurisprudenza ha ritenuto che *"la specificazione dei sottocriteri ad opera del capitolato d'oneri non può ritenersi di per sé violativa del disposto di cui all'art. 83, co. 4, d.lgs. 163/2006, tenuto conto della corrispondenza sul piano logico-giuridico del capitolato d'oneri rispetto al bando di gara, essendo entrambi espressione di determinazioni della stazione appaltante"*, cfr. TAR Lazio, Rm, Sez. III, 29 gennaio 2009, n. 897.

applicazione giurisprudenziale, sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (ne consegue, ad esempio, l'illegittimità di una lex specialis che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi)''¹⁰.

Anche l'AVCP aveva sottolineato come, già prima della emanazione del Codice degli appalti, la giurisprudenza, nazionale ed europea, si fosse pronunciata sui limiti dei poteri di cui potesse disporre la Commissione giudicatrice e come quindi la norma adottata abbia rappresentato un'esigenza imprescindibile per adeguarsi all'impostazione comunitaria¹¹.

La previsione dell'art. 83 raffigura quindi un'innovazione – nonché un miglioramento in termini di *par condicio* degli operatori economici, del meccanismo di aggiudicazione degli appalti pubblici in Italia – in quanto, fino all'adozione del D.Lgs. 163/06, era prevista la possibilità che un appalto fosse aggiudicato con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di sottocriteri e punteggi stabiliti dalla stessa Commissione giudicatrice¹², con i conseguenti rischi in

¹⁰ Analogamente anche TAR Puglia, Ba, Sez. I, 18 aprile 2008, n. 934; TAR Calabria, Rc, Sez. I, 28 maggio 2008, n. 265; TAR Piemonte, Sez. II, 2 luglio 2008, n. 1445.

¹¹ Parere n. 119 del 22 novembre 2007, della Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella cui conclusione si legge che *“la Commissione giudicatrice non può introdurre subcriteri di valutazione dell'offerta non previsti dal bando di gara”*.

¹² In questo senso TAR Campania, Na, Sez. I, 14 luglio 2006, n. 7517. Merita attenzione la pronuncia del TAR Toscana, Sez. II, 1 luglio 2008, n. 1710, che ripercorre il processo evolutivo dell'interpretazione giurisprudenziale circa l'ambito di discrezionalità della Commissione giudicatrice nello specificare i criteri di valutazione tecnico-discrezionale delle offerte. Si legge nel testo che *“nel passato si era ormai consolidato il principio secondo il quale eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito ben possono essere configurati dalle commissioni giudicatrici, seppure soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte e ciò indipendentemente dalla circostanza che i componenti la commissione abbiano concretamente preso conoscenza delle offerte stesse (tra le molte: Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2005, n. 1791 e 20 gennaio 2004, n. 155 nonché T.A.R. Marche, 15 marzo 2005, n. 241). Di conseguenza si affermava come la commissione giudicatrice di una gara pubblica poteva legittimamente introdurre elementi di specificazione dei criteri generali stabiliti dal bando di gara o dalla lettera di invito per la valutazione delle offerte, attraverso la previsione di sottovoci rispetto alle categorie principali già definite, ove ciò si fosse reso necessario per una più esatta valutazione delle offerte medesime e sempre a condizione che a tale determinazione di sottocriteri di valutazioni si fosse addivenuti prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533; 23 luglio 2002, n. 4022; 26 gennaio 2001, n. 264; 13 aprile 1999, n. 412; Sez. VI, 20 dicembre 1999, n. 2117; TRGA, Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48; TAR Marche, 16 giugno 2003, n. 607; TAR Toscana, Sez. II, 17 settembre 2003, n. 5107). Va oggi segnalato come tale orientamento, condiviso anche dalla Sezione, debba essere sottoposto a rivisitazione in seguito all'entrata in vigore dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici”*. Precisa Caponigro che *“la previsione introdotta dall'art. 83, co. 4, del d.lg. 163/2006, in definitiva, superando il descritto orientamento, aveva attribuito alla stazione appaltante e alla*

termini di abusi, antitetici al principio di parità di trattamento. In tal senso, TAR Emilia Romagna, in cui si legge che *“È illegittimo un bando di gara di un appalto da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa il quale prevede il potere della Commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi; tale potere, sia pur ammesso nella disciplina ante codice, è precluso dalle disposizioni innovative dell’art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla Commissione giudicatrice”* (Pr, 28 maggio 2007, n. 385)¹³.

Fino all’adozione del *novum ordo* in commento, in buona sostanza, l’operatore economico non veniva messo nelle condizioni di conoscere preventivamente i presupposti in base ai quali sarebbe stato determinato il livello di prestazione rispetto all’oggetto dell’appalto, e quindi la misura (*rectius*: misurazione) del rapporto qualità/apprezzamento della Commissione, priva del precipuo viatico di valutazione. Siffatto vuoto procedimentale minava la certezza delle pretese in gioco, la *par condicio competitorum* e l’illibatezza *tout court* delle gare ad evidenza pubblica¹⁴.

2. Fin qui nulla quaestio.

Maggiori problemi sono sorti con riferimento all’ultimo periodo del quarto comma dell’art. 83, che prevedeva, nella sua formulazione originaria, che *“La commissione giudicatrice, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il*

commissione di gara la titolarità di distinti e non sovrapponibili poteri, attribuendo alla stazione appaltante il compito di definire i criteri di analisi delle offerte e di individuare, se necessario, le articolazioni dei criteri medesimi ed alla commissione, prima dell’apertura delle buste, il compito di fissare i soli criteri motivazionali cui attenersi nell’attribuzione dei punteggi”, *op. cit.*

¹³ Unica pronuncia in senso difforme è quella del TRGA, Sez. di Bolzano, 6 maggio 2008, n. 168, la cui massima recita: *“Costituisce pacifico principio che la Commissione di gara, per l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, goda di una certa discrezionalità nella suddivisione del punteggio da attribuire agli elementi costituenti l’offerta tecnica, secondo i criteri predefiniti nella lex specialis di gara. Tale discrezionalità di natura tecnico-amministrativa non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di macroscopiche irrazionalità e incongruenze”*.

¹⁴ Si confronti sul tema, in questo senso: TAR Emilia Romagna, Pr, 26 giugno 2008, n. 329, ma anche TAR Toscana, Sez. II, 1 luglio 2008, n. 1710.

massimo prestabiliti dal bando”, introducendo così la possibilità di intervenire in un momento successivo alla pubblicazione del bando e alla formulazione delle offerte da parte degli operatori economici, ancorché sotto il meno rilevante profilo dell’indicazione dei “criteri motivazionali”.

I Giudici amministrativi avevano in più occasioni espresso apprezzamento per la norma e sottolineato l’importanza che siffatta prerogativa per gli organi giudicatori avvenisse prima della apertura delle buste delle offerte tecniche; tale precisazione era fondamentale, in quanto, *“anche la sola possibilità della conoscenza dell’entità dell’offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell’imparzialità dell’operato dell’organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956, nonché TAR Toscana, Sez. II, 18 novembre 2008, n. 2684).

Tuttavia, l’inciso del comma 4 è stato ora soppresso dall’art. 1, comma 1, lett. u), D.Lgs. 152/08, c.d. “terzo decreto correttivo”, al fine di adeguarsi ancor meglio alla normativa comunitaria e, soprattutto, di arginare la procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione Europea¹⁵. In buona sostanza, l’attuale sistema degli appalti pubblici prevede, diversamente da ciò che poteva avvenire in precedenza laddove la Commissione aveva la possibilità di emendare in ragione di specificazione – purchè prima dell’apertura dell’offerta tecnica e di quella economica, nella disposta consequenzialità¹⁶ – i criteri di valutazione stabiliti dal bando, che *“al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza, le amministrazioni aggiudicatrici non*

¹⁵ A. Massari, in un breve commento sull’evoluzione della giurisprudenza in materia, precisa come nella relazione di accompagnamento allo schema del terzo decreto correttivo si legge che la finalità della disciplina nazionale è *“quella di garantire la parità di trattamento dei concorrenti non solo nel momento finale della valutazione, ma anche nel momento iniziale della predisposizione delle stesse, in cui verrebbero effettivamente a conoscenza di ogni elemento utile al fine di aggiudicarsi il contratto. In tal modo l’offerta potrebbe essere «calibrata» in base alla conoscenza preventiva dei criteri, pesi, sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi e non più sui criteri motivazionali (non predeterminati nel bando in base alla normativa vigente)”*: in *“L’orientamento sempre più restrittivo in tema di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte”*, in Appalti e Contratti, n. 8-9 del 2008, pag. 2.

¹⁶ In tal senso TAR Lazio, Rm, Sez III, 29 gennaio 2009, n. 897, in cui si statuisce che *“in base al disposto dell’art. 83, co. 4, d.lgs. 163/2006, la commissione giudicatrice può legittimamente procedere alla individuazione di sottopunteggi, purchè tali determinazioni non appaiano concretamente idonee a violare il principio di parità di trattamento dei concorrenti, tramite l’alterazione degli elementi valutativi in relazione ai quali tutti i concorrenti hanno potuto predisporre la propria offerta tecnica. Nondimeno la legittimità di siffatte determinazioni risulta compromessa allorchè la commissione proceda all’individuazione del punteggio dopo l’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica, posto che, in tale circostanza, anche la semplice specificazione del punteggio in relazione a parametri determinati appare violativa della regola della par condicio dei partecipanti alla gara”*.

possono applicare regole di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbiano preventivamente portato a conoscenza degli offerenti, occorrendo al contrario che criteri, sub – criteri e sub – punteggi siano messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino la loro offerta, in modo da permettere loro di tenerne conto” (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 aprile 2009, n. 2147). Ebbene, l’accezione argomentativa *“in modo da permettere loro di tenerne conto prima che si formuli l’offerta”*, che proviene dalla forbita penna, per l’appunto, dell’Estensore della richiamata sentenza, era già stato utilizzato e sottoposto all’attenzione degli interpreti, sotto l’epigrafe *“Criteri utilizzati per l’aggiudicazione dell’appalto”* di cui al riferito procedimento di infrazione n. 2007/2309 della preposta Commissione delle Comunità Europee, con lettera di costituzione in mora *ex art. 226* del Trattato CE inviata allo Stato italiano in data 1-4 febbraio 2008 (pag. 8).

La soppressione della precedente possibilità concessa alle Commissioni di gara, così come la specifica modifica apportata al D.Lgs. 163/06 dal D.Lgs. 152/08, è quindi scaturita principalmente dall’obiezione comunitaria qui ritrascritta, con doverosa sottolineatura *in parte qua*: *“al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l’aggiudicazione dell’appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. La previsione della possibilità di fissare dei criteri “motivazionali” dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato nelle direttive”*.

Peraltro, la lesione della *par condicio* degli operatori economici, conseguente alla precedente formulazione ed impostazione del comma 4 dell’art. 83, appariva ancor più significativa se si pensa che altra giurisprudenza, non meno consolidata, aveva individuato, in virtù del tenore letterale dell’inciso *“la Commissione fissa”*, un vero e proprio obbligo di indicare i criteri *de quibus*

in capo alla Commissione medesima, in luogo di una mera facoltà, in occasione di ogni procedimento di gara¹⁷.

L'unica eccezione all'obbligo della Commissione di dettagliare criteri motivazionali e di ponderazione degli elementi dell'offerta era ravvisabile allorché il bando ed il capitolato li prevedessero puntuali e specifici, di per sé idonei a comprendere il ragionamento logico posto alla base della graduazione dei punteggi indicati per ciascuna voce con un minimo ed un massimo¹⁸.

3. Incombe a questo punto la doverosità giuridico – sistematica del quesito: posto che ogni indicazione circa la valutazione delle offerte deve essere contenuta nel bando, o quanto meno nel capitolato, e comunque *ex ante*, cosa succede se la Stazione appaltante nelle procedure di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa non prevede analiticamente criteri e *sub*-criteri, *sub*-pesi e *sub*-punteggi di valutazione? Vi è l'obbligo per i concorrenti di immediata impugnazione di tale discrasia normativa, a pena di decadenza, oppure testè va censurata (solo) unitamente (e successivamente) all'aggiudicazione, che ne risulterebbe affetta quale atto applicativo?

Come ben noto, il *discrimen* tra attualità o meno della lesione derivante dalle regole di gara, ai fini dell'opposizione giustiziale alle clausole medesime, ha trovato perentorio riferimento nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1/03, in cui viene testualmente precisato (pagg. 15 e 16) che ciò che *“appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione;*

¹⁷ Su tale scia: TAR Piemonte, Sez. I, 14 febbraio 2009, n. 82, ma anche TAR Lazio, Sez. II *quater*, 19 dicembre 2007, n. 13774, ma anche T.A.R. Liguria, Sez. I, 08 febbraio 2008, n. 168: *“l'art. 83, d.lg. n. 163 del 2006 impone all'amministrazione aggiudicatrice di specificare la ponderazione attribuita a ciascuna voce considerata nell'ambito del giudizio complessivo, od in caso di impossibilità di avvalersi di detto criterio ponderale, è fatto obbligo di fissare una soglia di accettabilità dell'offerta, e di parametrare quelle presentate in base allo scostamento dal dato prefissato; in particolare, per i diversi criteri individuati vanno stabiliti come necessari dei sub-pesi o dei sub-punteggi”*. A *contrariis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 489.

¹⁸ Cfr. TAR Sardegna, 11 luglio 2008, n. 1370, ma anche TAR Puglia, Ba, Sez. I, 18 aprile 2008, n. 934, ovvero TAR Toscana, Sez. II, 1 luglio 2008, n. 1710.

e quindi, con riferimento al bando di gara [omissis], l'attitudine (sua o di alcune clausole in esso contenute) a provocare una lesione di tal genere".

Finora la giurisprudenza ha condiviso l'impostazione della Plenaria, rifacendosi anche alle specificazioni contenute nel corpo della sentenza. Infatti il Supremo Consesso, nella sua attenta analisi della problematica, aveva ulteriormente precisato che non poteva condividersi quell'indirizzo interpretativo che estendeva *“l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia”*. Questo perché dette clausole determinano un effetto lesivo in capo all'operatore economico solamente all'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta: *“l'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato”*. In presenza di prescrizioni di questo tipo, solamente l'atto applicativo delle medesime (e quindi, in tal caso, il provvedimento di aggiudicazione a favore di altro operatore economico in virtù della loro concreta applicazione) determinerebbe un'incidenza vulnerante; conseguentemente, sempre secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, *“devono ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala”* (paragrafo 11 della citata sentenza).

Diverso sarebbe laddove si prendessero in considerazione quelle clausole del bando di per sé idonee ad impedire l'accesso alla gara. In tal senso, ad esempio, può essere considerata quella clausola che *“discostandosi macroscopicamente dall'onere di clare loqui, al quale, per i suoi*

intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione” (paragrafo 13). In questi casi non si può fare a meno di riconoscere in capo all'operatore economico un *“onere di immediata impugnazione”* a fronte dell'evidente effetto lesivo subito.

Il massimo Organo di giustizia amministrativa ha recentemente ribadito questa impostazione con la sentenza n. 3404 del 3 giugno 2009 (Sez. VI, Pres. Ruoppolo, Est. De Nictolis), in cui si afferma che non è necessario impugnare immediatamente la clausola del bando relativa ai criteri di valutazione delle offerte, poiché *“solo in base al concreto atteggiarsi delle singole offerte - elemento questo non conoscibile ex ante - e in base alla concomitante attribuzione di punteggio per l'offerta tecnica, l'applicazione della clausola poteva condurre ad un risultato lesivo per il concorrente”*.

È stata quindi ritenuta corretta la scelta della Società appellante di *“segnalare alla stazione appaltante dubbi di logicità della clausola”*, senza tuttavia impugnarla *“non essendo la clausola, per essa società, immediatamente lesiva: essa non impediva la partecipazione all'appalto e non imponeva oneri sproporzionati”*.

Epperò sorgono dei dubbi che prendono le mosse proprio dal principio – certamente cristallizzatosi, a prescindere dalla (e precedentemente alla) modifica normativa che ha imposto le specificazioni valutative in argomento, rigorosamente in uno alla stesura del bando di gara – secondo cui, per l'appunto, *“l'onere di tempestiva impugnazione viene in rilievo in subiecta materia solo con riferimento a clausole del bando che impediscano la partecipazione alla gara ovvero a clausole irragionevoli e tali da non consentire la formulazione dell'offerta”* (TAR Lazio, Rm, Sez. II, 31 agosto 2002, n. 7506).

Ripetesi: *“tali da non consentire la formulazione dell'offerta”*. In applicazione, quindi, del già menzionato onere del *clare loqui*, e in ossequio alle ritrascritte (e pedissequae) indicazioni dell'Adunanza Plenaria.

Il canone ermeneutico del *clare loqui* rappresenta dogma posto alla base del diritto amministrativo¹⁹, nonché un punto di partenza per numerose pronunce giurisdizionali in cui si è inteso sottolineare l'importanza della chiara e puntuale indicazione, chiaramente nel bando, dei requisiti e delle modalità per la partecipazione, soprattutto se prevista a pena di esclusione, alle procedure ad evidenza pubblica. Tanto in applicazione della regola della massima partecipazione (*id est: favor participationis*), con conseguente interpretazione più estensiva in caso di oscurità o non chiarezza (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6057; Sez. IV, 1 ottobre 2007, n. 5040).

Per non parlare poi dell'applicazione del “*clare loqui*” anche nella lettura combinata della *lex specialis* con la *lex generalis*. Del vero il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 12 del 2007, epperò con un approdo che si caratterizza non certo per univocità di indirizzo²⁰, ha precisato che, nonostante la possibilità di eterointegrazione del bando di gara con norme imperative, una eventuale esclusione di un operatore economico è illegittima allorché l'errore “*non derivò da incuria dei medesimi ma da fatto imputabile alla stazione appaltante che non aveva indicato quest'ultima condizione nel bando o nel disciplinare di gara. Peraltro, l'onere che grava sulla stazione appaltante di indicare con chiarezza i termini e le condizioni per la partecipazione alla gara non consente di pervenire ad una interpretazione del bando secondo la quale l'omissione sarebbe colmata, mediante un processo di eterointegrazione, con rinvio alla norma di legge [omissis]. L'omissione, semmai, rende illegittimo il bando di gara per violazione di una norma imperativa di legge...*”, dato atto, ad ogni buon conto, che “*a chi partecipa ad una gara di appalto, operatore nel settore e, quindi, soggetto qualificato, si richiede una lettura complessiva e globale delle regole di partecipazione, poste nel bando e nel capitolato*” (TAR Puglia, Le, Sez. II, 14 agosto 2007, n. 3078) e che “*le clausole degli atti di gara devono essere interpretate le une per mezzo delle altre,*

¹⁹ In tal senso, a titolo esemplificativo, TAR Campania, Sez. I, 28 giugno 2006, n. 7180, ovvero TAR Liguria, Sez. I, 13 settembre 2005, n. 1167 e Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3741.

²⁰ *Contra*, ad esempio di recente, TAR Lazio, Lt, Sez. I, 28 luglio 2009, n. 737.

attribuendo a ciascuna il senso che risulta dalla loro lettura complessiva” (TAR Lombardia, Mi, Sez. III, 23 agosto 2006, n. 1930).

Si propende per ritenere assolutamente compatibile il “*clare loqui*” con gli assunti di doverosa eterointegrazione della *lex specialis* con la *lex generalis* e di lettura composita delle regole di gara, quale endogeno obbligo di professionalità da imporre al concorrente, che ha la giusta competenza al riguardo, in quanto “operatore di settore” tenuto al dedotto parametro di “conoscibilità”, proprio dell’*homo medio eiusdem condicionis et professionis*, che non ammette alcuna scusabilità dovuta ad ignoranza non altrimenti giustificata²¹.

Ebbene, come si conciliano questi principi con le conclusioni giurisprudenziali circa l’individuazione del momento in cui devono essere impugnate le clausole inerenti criteri e *sub-criteri* ovvero in cui deve essere fatta valere in giudizio l’assenza degli stessi, *rectius*: la mancata osservanza – ascrivibile alle regole di gara – della peculiare normativa, in tema – *per incidens* – di “appropriatezza” o meno della dedotta soglia numerica?

Sta di fatto che secondo un manuale di enorme ausilio agli addetti del settore e al quale va anzitutto dato vanto per l’extrapolazione delle tesi nell’immediatezza dell’entrata in vigore del Codice degli appalti²², la nozione di “*sub-criterio (o sub-elemento)* è stata precisata dalla giurisprudenza nazionale, ritenendo che i *sub-criteri*, affinché siano tali, devono incidere in maniera significativa sui criteri di valutazione, disarticolando gli stessi in sotto-voci o *sub-punteggi* e non essere semplici specificazioni o chiarimenti in merito alla metodologia da usarsi nell’attribuzione del punteggio secondo pesi da stabilire sui singoli elementi tecnici che compongono l’offerta; quest’ultima valutazione rappresenta infatti l’oggetto dell’attività della

²¹ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, sulla dedotta incostituzionalità *in parte de qua* dell’art. 5 cod. pen.

²² M. Sanino, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino 2006, pp. 345-346; in dottrina cfr., altresì, D. Gregori e W. Toniati, *Le gare con l’offerta economicamente più vantaggiosa*, Lavis (Tn) 2007, ove a pag. 14, nelle premesse al testo, è scritto: “*mentre “l’elemento” costituisce la caratteristica dell’offerta in base alla quale deve scaturire una valutazione da parte della commissione giudicatrice, il “il parametro” è quel dato numerico volto a garantire, in relazione alla natura dell’appalto, un corretto rapporto prezzo-qualità. L’insieme degli elementi e sub-elementi di valutazione ed i pesi e sub-pesi ponderali associati a ciascun elemento o sub-elemento di valutazione costituiscono l’architettura della gara*”.

Commissione stessa che può discrezionalmente organizzare i propri lavori anche in base a tale metodologia”.

Ora, se l'onere di tempestiva impugnazione sorge a fronte di aspetti del bando che non consentono la formulazione dell'offerta; se la definizione dei *sub*-criteri incide in maniera significativa sui criteri di valutazione; se i criteri stessi devono essere a disposizione dei concorrenti prima della formulazione delle offerte in modo da poterne tenere conto, come precisa la lettera di costituzione in mora della Commissione europea, già ritrascritta; se una violazione di tale regola – come ha avuto modo di affermare la Corte di Giustizia, con decisione sia pur riferentesi ad epoca “*ante* 163” – influenza la preparazione delle proposte, non siamo forse nell'ipotesi in cui l'eventuale violazione di cui si discute è tale da incidere fortemente sulla formulazione dell'offerta, non consentendo – *ex ante* – all'operatore economico di calibrarla sulle regole di gara e di meglio adeguarla al prefigurato viatico di apprezzamento?

Si riscontra infatti una lesione che sorge fin da subito, poiché viene minata la parità dell'applicazione delle regole, nel senso che le offerte (e per di più, quelle tecniche) di fatto gareggiano “al buio”. Le capacità professionali e l'*intuitus personae* sono, del vero, sviliti dalla violazione normativa, rispetto alla quale ove si procrastini l'impugnabilità successivamente all'aggiudicazione della gara, viene a determinarsi un inutile dispendio di *know-how*, fra l'altro rimesso alla “berlina” di procedure ad evidenza pubblica illegittime, con profili che potrebbero anche trasmigrare in termini di colpa²³ dell'Amministrazione appaltante, per non aver adottato tutte quelle opportune premure a salvaguardia della *privacy* tecnico-commerciale dei concorrenti.

²³ Cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3750: “*Ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica amministrazione non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessario che sia configurabile la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa, dovendo quindi verificarsi se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi; segue da ciò che in sede di accertamento della responsabilità della Pubblica amministrazione per danno a privati conseguente ad un atto illegittimo da essa adottato il giudice amministrativo può affermare la responsabilità quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negandola quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto*”. Invero, gli ultimi approdi giurisprudenziali afferenti alla specificità della “colpa” della P.A. la ritengono sufficiente solo se “lieve”,

Proprio perché quella manchevolezza e disattenzione nell'aver pretermesso la prodromica individuazione dei *sub*-criteri incide su aspetti afferenti all'offerta tecnica, ove si estrinsecano le capacità creative e coperte da segreto industriale dell'operatore economico.

Resta a questo punto da capire se l'evoluzione giurisprudenziale, ormai unanime sulla vincolatività dell'obbligo della prefigurazione nel bando dei criteri e *sub*-criteri, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, decida altresì di mutare il proprio orientamento rispetto al non immediato onere di impugnare il bando di gara illegittimo perché privo delle necessarie specificazioni in termini. Va infatti tenuto conto che la specifica previsione su tale aspetto argomentata dalla "Plenaria", attiene ad epoca precedente all'entrata in vigore del Codice degli appalti che ha sancito la novella normativa sul punto e la perentoria obbligatorietà *de qua*²⁴, quale corollario applicativo di univoci *input* comunitari.

Va da sé che un'offerta meglio rapportata alle (prefigurate) esigenze dell'Amministrazione incide in termini di efficienza sulla prestazione ed incrementa la "qualificazione" dell'operatore economico poi aggiudicatario, laddove il Legislatore delegato dall'art. 44 della L. 88/09 ("Legge Comunitaria 2008") è chiamato ad esprimersi sui profili di lesività ed impugnabilità dei bandi di gara ai fini dell'attuazione della Direttiva 2007/66/CE²⁵, con termine fissato al 20.12.09.

laddove – nella fattispecie che ne occupa – sarebbe sicuramente ravvisabile al cospetto di una chiara indicazione normativa peraltro supportata da giurisprudenza ormai unanime. In questo senso C.G.A. Regione Siciliana, Sez. Giur., 16 settembre 2008, n. 731; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144.

²⁴ Sulla vincolatività prescrittiva della normativa in commento, ancora, da ultimo, TAR Sardegna, Sez. I, 10 aprile 2009, n. 477: "*In una procedura per l'aggiudicazione di un pubblico appalto, la previa definizione, in sede di bando di gara, dei criteri di valutazione delle offerte e della loro influenza ai fini della selezione della migliore offerta, in un momento antecedente la redazione della stessa, costituisce diretta attuazione del principio di imparzialità e di trasparenza, sotto un duplice profilo; per un verso, infatti, eliminando (o riducendo notevolmente) gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantisce l'imparzialità delle valutazioni (anche attraverso la loro successiva sindacabilità, agevolata dalla presenza di un parametro predeterminato), per altro verso, si traduce nella essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta in grado di concorrere effettivamente all'aggiudicazione del contratto in gara*"; ovvero, TAR Lazio, Rm, Sez. III quater, 18 luglio 2009, n. 7103. Cfr, infine, AVCP, 20 maggio 2009, determinazione n. 4, "*Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'art. 153 del Codice dei Contratti pubblici*".

²⁵ Così il pertinente cespite delegante: *..omissis...che i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti ...omissis...: comma 3, lett. f) n. 2).*

APPENDICE

Sommario: **Riferimenti normativi; Giurisprudenza; Pareri Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture; Materiale di confronto, nonchè estratto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 1/03 ed estratto L. 88/09 (“Comunitaria 2008”), art. 44, comma 3, lett. f), n. 2).**

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 1992/50/CE del Consiglio del 18 giugno 1992 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (G.U.C.E. n. 209 del 24 luglio 1992)

ARTICOLO 36

1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali riguardanti la remunerazione di particolari servizi, i criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono:

- a) qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto quali ad esempio qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo;
- b) unicamente il prezzo più basso.

2. Qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita.

Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (in Suppl. ordinario n. 52 alla Gazz. Uff., 6 maggio, n. 104). - Attuazione della direttiva 1992/50/CE in materia di appalti pubblici di servizi

ARTICOLO 23

Criteria di aggiudicazione

1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative riguardanti la remunerazione di particolari servizi, gli appalti pubblici di servizi di cui al presente decreto sono aggiudicati in base a uno dei seguenti criteri:

a) unicamente al prezzo più basso;

b) a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutabile in base ad elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione, quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo (1).

2. Nel caso di aggiudicazione ai sensi del comma 1, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici devono menzionare, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri di aggiudicazione di cui si prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente d'importanza. ...*omissis*...

Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004)

Considerando 46

(46) L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del "prezzo più basso" e quello della "offerta economicamente più vantaggiosa".

Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti è opportuno prevedere l'obbligo - sancito dalla giurisprudenza - di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità applicati per individuare l'offerta

economicamente più vantaggiosa. Spetta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte. Le amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'indicazione della ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente motivati, che devono essere in grado di giustificare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare l'ordine decrescente di importanza di tali criteri.

Le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. A tal fine stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. La determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta.

Al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti ambientali, possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto. Alle stesse condizioni un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare bisogni definiti nelle specifiche dell'appalto – propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto.

Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004)

ARTICOLO 53

Criteria di aggiudicazione dell'appalto

1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici per aggiudicare gli appalti pubblici sono:

a) o, quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione;

oppure

b) esclusivamente il prezzo più basso.

2. Fatte salve le disposizioni del terzo comma, nel caso previsto al paragrafo 1, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'onori o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tale ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato.

L'Amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'onori o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente d'importanza dei criteri.

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. (G.U. n. 100 del 2 maggio 2006)

ARTICOLO 83

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo:

- a) il prezzo;
- b) la qualità;
- c) il pregio tecnico;
- d) le caratteristiche estetiche e funzionali;
- e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto;
(lettera così sostituita dall'articolo 1, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 113 del 2007)
- f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
- g) la redditività;
- h) il servizio successivo alla vendita;
- i) l'assistenza tecnica;
- l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
- m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
- n) la sicurezza di approvvigionamento;
- o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.

3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara.

(comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera u), d.lgs. n. 152 del 2008).

5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal [decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117](#) e dal [decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005](#), in quanto compatibili con il presente codice.

Precedente comma 4

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

Direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Considerando 70

Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti è opportuno prevedere l'obbligo, che è stato sancito dalla giurisprudenza, di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato sui criteri e sulle modalità che saranno applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. **Spetta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici/agli enti aggiudicatori indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte. Le amministrazioni aggiudicatrici/gli enti aggiudicatori possono derogare all'indicazione della ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente motivati, che devono essere in grado di giustificare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi essi dovrebbero indicare l'ordine decrescente d'importanza di tali criteri.**

ARTICOLO 47

Criteri di aggiudicazione dell'appalto

1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici/gli enti aggiudicatori per aggiudicare gli appalti sono:

a) quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice/dell'ente aggiudicatore, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, la funzionalità, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione, la sicurezza dell'approvvigionamento, l'interoperabilità e le caratteristiche operative; oppure

b) esclusivamente il prezzo più basso.

2. Fatto salvo il terzo comma, nel caso previsto al paragrafo 1, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore precisa, nei documenti dell'appalto (bando di gara, capitolato d'oneri, documenti descrittivi o documenti complementari), la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato.

Qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore indica nei documenti dell'appalto (bando di gara, capitolato d'oneri, documenti descrittivi o documenti complementari), l'ordine decrescente d'importanza dei criteri.

GIURISPRUDENZA

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE IV - Sentenza 12 maggio 2008, n. 2189

Pres. Trotta – Est. Greco

E. s.p.a. (avv.ti D. e A. Pallottino) / K.W.I. s.p.a. (avv. Gonnelli) ed altri

In epoca anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. nr. 163 del 2006, pur dopo l'intervento della Corte di Giustizia UE (sez. II, 24 novembre 2005, C-331/04), che aveva fortemente limitato la discrezionalità delle Commissioni di gara, non era da escludere in assoluto la facoltà della commissione di integrare gli elementi di valutazione delle offerte previsti dal bando, fermi i limiti dell'impossibilità di introdurre nuovi criteri di valutazione ovvero nuove modalità di computo dei punteggi, e più in generale il divieto di condotte discriminatorie o comunque idonee ad alterare il confronto tra i concorrenti in gara. Viceversa, l'art. 83, comma IV, d.lgs. nr. 163 del 2006 (secondo cui "...il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi"), sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (ne consegue, ad esempio, l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di

aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi).

Al riguardo, è utile muovere dall'esame dell'attuale disposizione *ex art. 83, comma IV, d.lgs. nr. 163 del 2006* (norma non applicabile alla vicenda di che trattasi), secondo cui *"...il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi"*.

Questa disposizione, secondo l'interpretazione che si sta affermando nella sua prima applicazione giurisprudenziale, sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (ne consegue, ad esempio, l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi).

Ben diversa, tuttavia, era la situazione in epoca anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. nr. 163 del 2006: infatti, anche dopo l'intervento della Corte di Giustizia UE (sez. II, 24 novembre 2005, C-331/04) che aveva fortemente limitato la discrezionalità delle Commissioni di gara *in subiecta materia*, era tutt'altro che da escludere in assoluto siffatta facoltà di integrazione del bando.

In particolare, tale facoltà incontrava il limite dell'impossibilità di introdurre nuovi criteri di valutazione ovvero nuove modalità di computo dei punteggi, e più in generale il divieto di condotte discriminatorie o comunque idonee ad alterare il confronto tra i concorrenti in gara.

**T.A.R. TOSCANA - SEZIONE II - Sentenza 1 luglio 2008, n. 1710
Pres. Petruzzelli, Est. Toschei**

L'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici che, fin dalla formulazione del bando di gara, impone che questo stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, elencati a titolo esemplificativo dalla lett. a) alla lett. n), precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui la soglia si riferisce deve essere adeguato. La norma impone ancora che sia

sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi, introducendo poi un ulteriore elemento di limitazione del potere discrezionale della commissione giudicatrice allorché dispone che questa, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, deve fissare i 'criteri motivazionali' per giustificare l'attribuzione dei punteggi a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione.

T.A.R. EMILIA ROMAGNA - PR - SEZIONE I - Sentenza 26 giugno 2008, n. 329

La norma citata dalla ricorrente detta infatti nuove prescrizioni secondo le quali, nelle gare da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere il bando di gara a prevedere i criteri ed i sotto criteri di attribuzione dei punteggi e dei sotto punteggi alle imprese concorrenti, essendo riservata all'organo giudicatore esclusivamente la predisposizione dei criteri motivazionali in base ai quali saranno effettivamente attribuiti i punteggi tra quello minimo e quello massimo previsti dal bando.

Riguardo a tale disposizione, questa Sezione ha già avuto modo di precisare, in una recente pronuncia, che la stessa si applichi unicamente alle gare pubbliche il cui procedimento di scelta del contraente abbia avuto inizio in data successiva a quella (1/7/2006) di entrata in vigore del D.Lgs. n. 163 del 2006 che la contiene (v. T.A.R. Emilia - Romagna - PR - 28/5/2007 n. 315).

Nella specie, risulta in atti che l'avviso d'asta pubblica mediante il quale è stata avviata la procedura diretta all'aggiudicazione dell'appalto di servizi in questione, è stato adottato dall'Amministrazione Comunale in data 26/6/2006 ed approvato in data 30/6/2006.

Pertanto tale atto non poteva recepire le innovative prescrizioni contenute nel citato art. 83 del Codice degli Appalti, con conseguente legittimità dell'operato della Commissione giudicatrice che responsabilmente ha provveduto - in presenza di "lex specialis" contenente ampi criteri di attribuzione dei punteggi senza alcuna ulteriore indicazione di più precisi e ristretti sotto criteri - ad effettuare essa stessa tale necessaria operazione, con ciò auto limitando preventivamente ed in modo trasparente la propria discrezionalità nel valutare le offerte.

T.A.R. EMILIA ROMAGNA - PR - SEZIONE I - Sentenza 28 maggio 2007, n. 385

È illegittimo un bando di gara di un appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il quale prevede il potere della Commissione giudicatrice di

suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi; tale potere, sia pur ammesso nella disciplina ante codice, è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla Commissione giudicatrice.

Contra: Unica pronuncia in senso difforme è quella del TRGA, Sez. di Bolzano, 6 maggio 2008, n. 168, la cui massima recita: *“Costituisce pacifico principio che la Commissione di gara, per l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, goda di una certa discrezionalità nella suddivisione del punteggio da attribuire agli elementi costituenti l’offerta tecnica, secondo i criteri predefiniti nella lex specialis di gara. Tale discrezionalità di natura tecnico-amministrativa non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di macroscopiche irrazionalità e incongruenze”*.

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 7 aprile 2009, n. 2147

Pres. Santoro, Est. Corradino

Edivision s.p.a e Freeway s.r.l. (Avv. P. Medina) c. Regione Puglia (Avv. L.A. Clarizio) e altri

Massime

La distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di “selezione dell’offerente”, e criteri di aggiudicazione e quindi di “selezione dell’offerta” è rigorosa. Invero, l’accertamento dell’idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica fissati in sede normativa, allo scopo 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. Invece per la valutazione delle offerte, nel caso di appalti da aggiudicarsi con il criterio 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 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.

Al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza, le amministrazioni aggiudicatrici non possono applicare regole di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti, occorrendo al contrario che criteri, sub – criteri e sub – punteggi siano messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino la loro offerta, in modo da permettere loro di tenerne conto.

Testo sentenza

La Commissione Europea ha, infatti, più volte segnalato al Governo italiano 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. Orbene, 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: ed invero, l'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica fissati in sede normativa, allo scopo 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 (cfr. Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, in causa n. 31/87, *Beentjes*; Corte di Giustizia CE, 19 giugno 2003, in causa n. C-315/01, *GAT*). 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; per alcune recenti applicazioni cfr. Corte di Giustizia CE, sez. I, 24 gennaio 2008, in causa n. C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE* e Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 912).

4. Posto che è erronea – come denunciato dalla parte appellante – l'omessa distinzione fra requisiti di ammissione delle domande e valutazione di merito, deve essere evidenziato che correttamente la parte appellante denuncia l'introduzione ad opera dell'organo istruttore di nuovi criteri rispetto a

quelli previsti nel bando (invero, nella seduta del 29 giugno 2006, il Gruppo Tecnico di Coordinamento, in sede di specificazione dei criteri di selezione di cui ai numeri 5, 6 e 7 dell'art. 4 dell'avviso stabiliva la "esclusione" del programma di investimento dal PIT, per il caso di valutazione negativa della analisi complessiva in base ai criteri di selezione nn. 5, 6 e 7; cfr. la decisione verbalizzata dal Gruppo di coordinamento "*il programma di investimento sarà escluso e non si procederà ad ulteriore valutazione*"). Ed invero, la Corte di Giustizia Ce, con sentenza del 24 gennaio 2008 (in causa C-532/06), ha sostenuto come per il principio di parità di trattamento degli operatori economici e per l'obbligo di trasparenza, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti. Appare dunque evidente come, secondo tale interpretazione, al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza, occorre che i criteri, sub – criteri e sub – punteggi che saranno utilizzati per l'aggiudicazione di una procedura di gara, siano messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino la loro offerta, in modo da permettere loro di tenerne conto. Inoltre, costituisce *ius receptum* il principio secondo cui non possono essere introdotti in via successiva criteri di esclusione dei partecipanti dalla gara e che il difetto di chiarezza di una clausola che regola la procedura di gara impone un'interpretazione, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, nel senso dell'ammissione del maggior numero di concorrenti e, viceversa, nel senso della non legittimità dell'esclusione delle imprese (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 684). Tali principi sono stati seccamente disattesi nel caso in esame e per tali ragioni la censura in esame si rivela fondata.

PARERI AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Parere n. 125 del 23/04/2008

PREC58/08/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Exergia s.a.s. di Mafalda C. Votta & C. – licitazione privata per l'affidamento progettazione, direzione lavori nonché redazione del piano di sicurezza e di coordinamento in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori "Completamento restauro Palazzo Corrado". S.A. Comune di Lagonegro.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- **ai fini del requisito dell'esperienza pregressa, non si pone differenza fra gli affidamenti di attività di progettazione eseguiti per enti pubblici ovvero per privati;**
- **la commissione giudicatrice non può introdurre ulteriori e diversi elementi valutativi delle candidature presentate, laddove gli stessi non siano già espressamente previsti nel bando di gara.**

Parere n. 119 del 22/11/2007

PREC306/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Ghezzi Ugo s.p.a.– appalto integrato per la progettazione esecutiva ed i lavori di realizzazione del condotto fognario dei Bacini B1-B2-B3 nella frazione di San Pancrazio a Palazzolo s/O. S.A. SO.GE.IM s.p.a.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta all'attenzione dell'Autorità è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte di Giustizia (C-331/04 del 24 novembre 2005) secondo la quale "il diritto comunitario non osta a che una commissione giudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.”

La Corte ha inoltre ricordato che tutti i criteri presi in considerazione ai fini dell'aggiudicazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata, e che, al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta devono essere resi noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte.

Nel caso in esame, la commissione giudicatrice non si è limitata, in applicazione di quanto prescritto dall'articolo 83, comma 4, del d. Lgs. n. 163/2006, a fissare in via generale i criteri motivazionali in base ai quali attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando, ma ha individuato ulteriori elementi valutativi, dei quali i concorrenti non sono stati posti a conoscenza.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la commissione giudicatrice non può introdurre subcriteri di valutazione dell'offerta non previsti dal bando di gara.

ESTRATTI DI RIFERIMENTO AFFERENTI ALLA CONOSCENZA DEI CRITERI E SUB-CRITERI AI FINI DELL'ESAUSTIVA FORMULAZIONE DELL'OFFERTA

Procedura di infrazione 2007/2309 della Commissione delle Comunità Europee, con lettera di costituzione in mora *ex art. 226* del Trattato CE inviata allo Stato italiano in data 1-4 febbraio 2008

Criteria utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto

L'art. 83, par. 4, del Codice applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE in virtù del rinvio contenuto nell'art. 230, prevede che, prima dell'apertura delle offerte, la Commissione giudicatrice fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando.

La Commissione rileva che le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE esigono che i criteri di aggiudicazione dell'appalto, nonché la ponderazione relativa di tali criteri ovvero il loro ordine di importanza, siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto.

La previsione della possibilità di fissare criteri "motivazionali" dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive.

A. Massari, in un breve commento sull'evoluzione della giurisprudenza in materia, precisa come nella relazione di accompagnamento allo schema del terzo decreto correttivo si legge che la finalità della disciplina nazionale è *“quella di garantire la parità di trattamento dei concorrenti non solo nel momento finale della valutazione, ma anche nel momento iniziale della predisposizione delle stesse, in cui verrebbero effettivamente a conoscenza di ogni elemento utile al fine di aggiudicarsi il contratto. In tal modo l'offerta potrebbe essere «calibrata» in base alla conoscenza preventiva dei criteri, pesi, sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi e non più sui criteri motivazionali (non predeterminati nel bando in base alla normativa vigente)”*: in *“L'orientamento sempre più restrittivo in tema di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte”*, in Appalti e Contratti, n. 8-9 del 2008, pag. 2.

T.A.R. LAZIO – RM – Sezione II quater – 19 dicembre 2007, n. 13774

Tale prospettiva trova conferma nella relazione illustrativa al codice degli appalti, che con riferimento all'art. 83 evidenzia che *“Il comma 4 dell'articolo in commento affronta la questione della possibilità, per la commissione di gara, di specificare i criteri di valutazione previsti nel bando, scindendoli in sub voci, cui attribuire sub pesi e sub punteggi. Si è preferito ridurre il più possibile il margine lasciato alla commissione di gara, essendo già annunciata, sul punto, una condanna dell'Italia, su rinvio pregiudiziale di Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5033, in Cons. Stato, 2004, I, 1524), che ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni di compatibilità comunitaria della normativa nazionale in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, nella parte in cui lascia margine alle scelte discrezionali della commissione nella specificazione dei criteri di valutazione previsti dal bando”*.

Così nelle prime pronunce sull'art.83 co.4 in esame viene messo in rilievo che *“La norma esprime, al tempo stesso, il limite negativo e il potere positivo dell'organo collegiale. Si cerca di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra il principio di trasparenza, che impone di definire nel bando il peso, anche relativo, attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione, e la necessità che, in ogni caso, anche l'attività della commissione sia predefinita nel suo svolgimento. La formula utilizzata dalla legge (“criteri motivazionali”), evidenzia il collegamento molto stretto con la motivazione concreta della valutazione di ciascuna offerta. Sembra recuperato, allora, un certo ruolo della commissione, più in linea con gli indirizzi espressi dal giudice comunitario. La circostanza che si debbano preventivamente fissare i parametri motivazionali induce a ritenere che, poi, debba essere definita la giustificazione della scelta conclusiva e della valutazione di ciascuna offerta”* (Cons. st., sez. V n. 1790 19/04/07).

Scegliendo l'opposta alternativa, infatti, di ritenere la norma come meramente facoltizzante, ma non imponente, un preciso onere alla Commissione, la carenza di una siffatta autoregolamentazione preventiva appare suscettibile di ingenerare sospetti di arbitrarietà e di non imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto produce il prioritario effetto di non consentire un valido ed efficace sindacato circa la correttezza e la legittimità dei poteri esercitati nella specifica circostanza.

In tale direzione depone l'attuale tendenza a circoscrivere la discrezionalità della Commissione valutatrice, tendenza testimoniata anche dal parere espresso dalla Commissione VIII in sede consultiva sulle disposizioni integrative e correttive del Codice degli appalti pubblici nella seduta del 19/07/2007, in senso favorevole, ma condizionato a che *“i) siano inserite nello schema di decreto, al fine di rendere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa più corretto, più trasparente e più operativamente impiegabile, apposite norme: 1) che prevedano, al fine di rendere più chiara e oggettiva la valutazione delle commissioni giudicatrici, la modifica della disposizione che attribuisce alla commissione giudicatrice la individuazione dei criteri motivazionali delle valutazioni con la prescrizione che questi criteri motivazionali siano inseriti nel bando oppure nella lettera di invito. (...) tale condizione può essere rispettata inserendo nello schema di decreto una norma che novelli il comma 4 dell'articolo 83 del codice sostituendo l'ultimo periodo con i seguenti: “Il bando indica altresì i criteri motivazionali cui la commissione giudicatrice dovrà attenersi per attribuire, per ciascun criterio e sub-criterio, i punteggi fra il minimo ed il massimo prestabiliti dal bando”.*

Il legislatore delegato, nel mantenere alla Commissione, anziché riallocare al bando, la definizione dei predetti criteri motivazionali ha inciso solo sul livello, ma non sulla natura e sulla funzione dell'attività di determinazione dei criteri; natura e funzione da cui scaturisce la necessaria definizione in via preventiva di detti criteri *“in via generale”* quale attività naturalmente preliminare allo svolgimento della concreta attività valutativa.

Sentenza CGCE, Prima Sezione, Causa C-532/06, del 24 gennaio 2008

Emm. G. Lianakis AE e altri contro Dimos Alexandroupolis e altri

L'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva 97/52, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara. L'art. 36, n. 2, richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte. Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti.

Testo della sentenza

- 42 Nella causa da cui è scaturita tale sentenza, sia i criteri di aggiudicazione e i loro coefficienti di ponderazione, sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione erano stati in effetti stabiliti preventivamente e pubblicati nel capitolato d'oneri. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi aveva determinato successivamente, poco prima dell'apertura delle buste, taluni coefficienti di ponderazione per i sottocriteri.
- 43 La Corte ha giudicato in tale sentenza che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50 non osta a tale *modus procedendi*, purché ricorrano tre condizioni molto specifiche, cioè purché esso:
- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
 - **non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;**
 - non sia stato adottato tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti (v., in tal senso, sentenza ATI EAC e Viaggi di Maio e a., cit., punto 32).

“In una procedura per l'aggiudicazione di un pubblico appalto, la previa definizione, in sede di bando di gara, dei criteri di valutazione delle offerte e della loro influenza ai fini della selezione della migliore offerta, in un momento antecedente la redazione della stessa, costituisce diretta attuazione del principio di imparzialità e di trasparenza, sotto un duplice profilo; per un verso, infatti, eliminando (o riducendo notevolmente) gli apprezzamenti oggettivi della commissione giudicatrice, garantisce l'imparzialità delle valutazioni (anche attraverso la loro successiva sindacabilità, agevolata dalla presenza di un parametro predeterminato), per altro verso, si traduce nella essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, **i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta in grado di concorrere effettivamente all'aggiudicazione del contratto in gara**”.

**ESTRATTO CONSIGLIO DI STATO,
ADUNANZA PLENARIA, N. 1/03**

11 Non può, altresì, essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato.

In tali ipotesi è il concreto svolgimento della gara e delle relative operazioni, nonché l'adozione delle valutazioni all'uopo necessarie, a produrre l'effetto lesivo ricollegabile all'astratta previsione contenuta nel bando: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o

tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala. L'effettiva – e non potenziale – lesività di tali clausole nei riguardi della situazione soggettiva dell'interessato dipende, infatti, dalla loro effettiva applicazione e dalla loro concreta incidenza nei confronti dell'impresa o del partecipante alla procedura concorsuale.

13. Non può, invece, essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale. Fra le ipotesi sopra richiamate può, sul piano esemplificativo, essere ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di *clare loqui*, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione.

L'esistenza in concreto di clausole del genere costituisce, come è ovvio, accertamento di fatto e non può che essere rimesso all'apprezzamento del giudice della controversia. In ordine alle medesime, per altro, non può essere negato, l'esistenza di un onere di immediata impugnazione proprio perché esse sembrano sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato.

Le clausole in questione, infatti, manifestano immediatamente la loro lesività, appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura concorsuale e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere atto alla gara) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti.

ULTERIORE ESTRATTO NORMATIVO

Legge 7 luglio 2009 n. 88, art. 44 (Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici), comma 3, lett. f), n. 2):

“che i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti”.