

La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

di Roberto Caponigro

Consigliere del T.A.R. Lazio

1. Premessa – 2. I criteri di selezione delle offerte – 3. La disciplina normativa dell'offerta economicamente più vantaggiosa – 4. I criteri di valutazione delle offerte – 5. La motivazione della scelta del contraente.

1. Premessa.

Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente.

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia privata, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre; la pubblica amministrazione, invece, è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura ad evidenza pubblica.

La procedura ad evidenza pubblica è finalizzata alla individuazione del “giusto” contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione dell'opera pubblica.

Tale era la *ratio*, volta al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del danaro della collettività, della normativa sulla contabilità di Stato degli anni '20 ed è in buona parte la *ratio* ancora oggi alla base della disciplina dei contratti pubblici contenuta nel D.Lgs. 163/2006.

A tale esigenza di tutela degli interessi pubblici si è aggiunta, sotto la spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

Di talché, l'amministrazione non utilizza più *sic et simpliciter* il mercato per scegliere il contraente migliore sotto i profili qualitativo e quantitativo, ma è chiamata a disciplinare il suo corretto funzionamento al fine di tutelare il libero gioco della concorrenza, al punto che, da soggetto che utilizza il mercato per scopi propri, è divenuta garante del corretto andamento dello stesso per fini ulteriori, ispirati principalmente dall'ordinamento comunitario.

La stessa amministrazione, in tal senso, è assoggettata al mercato e le regole dell'evidenza pubblica non sono più soltanto funzionali ad ottenere le migliori condizioni ed il più affidabile contraente, ma sono anche finalizzate alla tutela della concorrenza, per cui può affermarsi che l'interesse delle imprese e del mercato è ora tutelato al pari dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e, anzi, è divenuto anch'esso un valore collettivo da realizzare, ed in questo può cogliersi un cambio di prospettiva¹.

L'art. 2 del d.lg. 163/2006, in tale ottica, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture ai sensi del "codice" deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), specifica che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

2. I criteri di selezione delle offerte.

¹ Tali considerazioni sono svolte in R. Caponigro, Le categorie di opere generali, specializzate e speciali negli appalti di lavori pubblici, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007.

L'offerta migliore può essere selezionata con il criterio del prezzo più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il criterio del prezzo più basso prende in considerazione esclusivamente la convenienza economica dell'offerta, per cui ha carattere automatico richiedendo per l'individuazione della migliore offerta un semplice raffronto tra cifre.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, è maggiormente complesso in quanto l'offerta è composta non solo dall'elemento prezzo ma anche da altri elementi afferenti ai profili qualitativi della prestazione ed a ciascuno di tali elementi è attribuito un punteggio.

Le stazioni appaltanti scelgono tra i due criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all'individuazione della migliore offerta.

Va da sé che il criterio del prezzo più basso, in cui assume rilievo la sola componente economica, può presentarsi adeguato esclusivamente quando l'oggetto del contratto ha connotati di ordinarietà in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire il prodotto richiesto, la cui consolidata standardizzazione garantisce l'assenza di particolari esigenze riconducibili a specifiche e limitate qualificazioni, mentre nelle altre fattispecie è arduo ipotizzare che un sia pur minimo rilievo agli aspetti qualitativi della prestazione offerta sia indifferente per la scelta del contraente.

La scelta del criterio di selezione delle offerte, al pari di ogni altra attività amministrativa discrezionale, deve ritenersi sindacabile per eccesso di potere, nelle sue forme sintomatiche della manifesta illogicità o irragionevolezza.

Nel caso di appalti particolarmente complessi, ove la stazione appaltante si avvalga del dialogo competitivo, l'unico criterio di aggiudicazione dell'appalto è, ovviamente, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa².

3. La disciplina normativa dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 83, co. 1, d.lg. 163/2006 prevede che, 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: il prezzo; la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; il costo di utilizzazione e manutenzione; la redditività; il servizio successivo alla vendita; l'assistenza tecnica; la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; l'impegno in materia di pezzi di ricambio; la sicurezza di approvvigionamento.

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 (comma 2).

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 (comma 3).

² Art. 58, co. 4, d.lg. 163/2006.

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 ed il massimo stabiliti dal bando (comma 4).

Il d.lg. 152/2008, c.d. terzo correttivo al codice dei contratti pubblici, pubblicato sul supplemento ordinario alla G.U. del 2 ottobre 2008, ha soppresso l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83, vale a dire il potere-dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi.

La modifica legislativa, che tiene conto della procedura di infrazione n. 2007/2309 e della nota di costituzione in mora inviata dalla Commissione delle Comunità europee il 1° febbraio 2008³, è molto significativa e determina l'esigenza di rivedere la questione della motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. I criteri di valutazione delle offerte.

³ La Commissione delle Comunità europee, nell'ambito della procedura di infrazione 2007/2309, ha inviato una lettera di costituzione in mora *ex art. 226* trattato CE nei confronti della Repubblica Italiana per "incompleta trasposizione del Codice appalti" rilevando, tra l'altro, 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 in quanto, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, 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 permetterne loro di tenerne conto. La Commissione, quindi, ha ritenuto che 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 dalle direttive.

Le norme di cui all'art. 83, che hanno recepito nel nostro ordinamento le norme di cui all'art. 53 della direttiva CE 2004/18 e all'art. 55 della direttiva CE 2004/17, sono finalizzate a garantire, oltre che la efficace determinazione dell'offerta che presenta il migliore rapporto qualità/prezzo, la trasparenza dell'attività amministrativa e la parità di trattamento dei concorrenti.

Per tale ragione, il codice ha optato per la completa specificazione anche degli eventuali sub criteri sin dal bando, prevedendo la possibilità di avvalersi di uno o più esperti per la formulazione di criteri, sub criteri e relativi punteggi⁴.

L'offerta economicamente più vantaggiosa discende dalla valutazione comparativa di più fattori previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e resi noti nel bando di gara⁵.

Il bando di gara, infatti, elenca i criteri (o elementi) di valutazione e precisa la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.

La ponderazione relativa di ciascun criterio indica il "peso" di quell'elemento rispetto ad ogni altro e, quindi, la rilevanza (*id est*: l'incidenza percentuale) dello stesso nell'ambito della complessiva valutazione da attribuire all'offerta.

Il 46° considerando della direttiva CE 2004/18 - nell'affermare che 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 – indica anche che le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta

⁴ In argomento: Trattato sui contratti pubblici, III, Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008.

⁵ L'elencazione di cui all'art. 83, co. 1, d.lg. 163/2006 è a titolo esemplificativo, per cui la stazione appaltante, coerentemente con la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto, può enucleare solo alcuni dei criteri indicati dalla legge o può individuarne anche altri non compresi nell'elencazione.

economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo.

Peraltro, è l'amministrazione che decide, sulla base di proprie valutazioni discrezionali, quale "peso" attribuire all'elemento prezzo e quale agli elementi afferenti alla qualità della prestazione, sicché, il principio del miglior rapporto qualità/prezzo va inteso nel senso che, ad un certo prezzo, la stazione appaltante dovrebbe individuare la prestazione che presenta i migliori aspetti qualitativi, laddove è intuitivo che, al crescere del rilievo attribuito all'elemento prezzo, decresce il rilievo attribuito agli elementi qualitativi⁶.

Il principio sancito dal 46^a considerando, peraltro, induce a ritenere che - così come la stazione appaltante può attribuire di volta in volta all'elemento prezzo il "peso" che ritiene opportuno, atteso che dal disposto dell'art. 83 non è dato evincere il rilievo che esso deve avere nella valutazione complessiva dell'offerta - il prezzo è l'unico dei criteri previsti a titolo esemplificativo in via generale che deve essere necessariamente individuato dal bando di gara, altrimenti non sarebbe possibile giungere alla determinazione dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, sia pure nella accezione proposta nel testo.

Analogamente, il bando deve prevedere almeno un elemento di valutazione relativo al profilo qualitativo della prestazione, altrimenti il criterio di aggiudicazione adottato sarebbe quello del prezzo più basso e non quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ponderazione relativa, ai sensi del richiamato comma 2 dell'art. 83, può essere precisata anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo

⁶ La precisazione è utile in quanto si potrebbe essere indotti a ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad attribuire un "peso" uguale ai due elementi, mentre la scelta dei criteri e dei "pesi" è discrezionale e, ferma restando l'esigenza immanente ad ogni attività amministrativa di logicità e coerenza, può privilegiare, nella valutazione delle esigenze che con la prestazione richiesta si intendono soddisfare, un elemento rispetto all'altro attribuendogli un "peso" anche sensibilmente maggiore, per cui l'amministrazione, pur di non spendere molto, potrebbe accontentarsi di una prestazione qualitativamente non eccelsa (sia pure la migliore a quel prezzo).

scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.

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.

Il bando, oltre ad i criteri ed alla relativa ponderazione ove possibile⁸, prevede, qualora sia necessario, sub criteri nonché sub pesi o sub punteggi per ciascun criterio di valutazione prescelto, con la facoltà, ove non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, di nominare uno o più esperti con incaricati di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, da indicare nel bando di gara.

Il Codice sui contratti pubblici, quindi, ha chiarito sin dalla sua originaria stesura che l'eventuale articolazione dei criteri valutativi previsti dal bando in sub criteri, cui assegnare sub pesi o sub punteggi, deve essere prevista dalla stazione appaltante ed indicata nel bando, mentre non può essere stabilita dalla commissione giudicatrice dopo la presentazione delle offerte sia pure prima della loro apertura.

La giurisprudenza ampiamente prevalente aveva invece ritenuto ammissibile l'attività di integrazione e di specificazione dei criteri di aggiudicazione di una gara da parte della

⁷ La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nella decisione 28 settembre 2005, n. 5196, ha affrontato un'interessante questione rilevando l'illegittimità dell'azione amministrativa che, nel bando di gara, aveva previsto la possibilità di assegnare all'offerta economica un punteggio massimo fino a 40 punti su un totale di 100 (60 punti erano assegnabili per l'offerta tecnica), mentre nel capitolato speciale aveva di fatto determinato un appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica introducendo una formula matematica per l'assegnazione del punteggio con un *range* effettivo di soli 10 punti ed assegnando, quindi, una preponderanza decisiva all'offerta tecnica ben al di là del rapporto 60/40 stabilito in sede di bando.

⁸ In caso di impossibilità motivata di stabilire una ponderazione, lo stesso art. 83, co. 3, d.lg. 163/2006 prevede che le stazioni appaltanti indicano nel bando l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

commissione giudicatrice, purché avvenuta prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche⁹.

L'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, infatti, costituisce elemento potenzialmente deviante in quanto pone la commissione in condizione di plasmare i criteri o parametri specificativi adattandoli ai criteri specifici delle offerte conosciute o conoscibili, con effetto potenzialmente premiale nei confronti di una o più imprese e tale da pregiudicare i principi della *par condicio* e della trasparenza ed economicità dell'azione amministrativa¹⁰.

In altri termini, gli elementi di specificazione ed integrazione dei criteri stabiliti nel bando sarebbero potuti essere introdotti ad opera delle commissioni solo prima dell'apertura dei plichi recante le offerte, avverandosi dopo tale apertura una situazione di conoscenza attuale o potenziale della qualità delle offerte costituente elemento altrettanto potenzialmente deviante poiché suscettibile di inficiare l'oggettività dei criteri di giudizio¹¹.

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 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.

La soluzione adottata dal legislatore nazionale del 2006 si presentava in linea con i principi espressi dalla sentenza della Corte di giustizia europea, Sez. II, 24 novembre 2005, n. C. 331/2004.

⁹ *Ex multis*, tra le ultime, relative ovviamente a fattispecie antecedenti all'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006: Cons. Stato, V, 19 settembre 2007, n. 4879; Cons. Stato, IV, 22 marzo 2007, n. 1389; Cons. Stato, VI, 22 marzo 2007, n. 1369; Cons. Stato, V, 19 giugno 2006, n. 3584; T.A.R. Toscana, II, 25 luglio 2006, n. 3228.

¹⁰ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 14 luglio 2006, n. 7517; T.A.R. Toscana, II, 25 luglio 2006, n. 3228.

¹¹ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia, 29 settembre 2005, n. 633.

Tale pronuncia - nell'evidenziare tra l'altro che, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, se possibile, la loro importanza relativa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte – ha concluso che l'art. 36 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e l'art. 34 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, devono essere interpretati nel senso che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai sub elementi 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 gara¹², 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.

Occorre peraltro osservare che la sentenza del giudice comunitario, come detto, nel ribadire l'assoluta necessità di rispettare i principi di trasparenza e parità di trattamento, ha richiesto come *condicio sine qua non* per la legittimità dell'operato dell'amministrazione

¹² Nella fattispecie, la commissione giudicatrice aveva determinato il modo in cui i 25 punti previsti per uno dei criteri di aggiudicazione dovessero essere riportati tra i 5 sottocriteri già definiti nel disciplinare di gara.

che la determinazione non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione, il che, anche nel caso di mera ripartizione del punteggio tra sub criteri previamente individuati, appare difficilmente ipotizzabile.

Con la successiva sentenza 24 gennaio 2008 n. C. 532/06, la Corte di giustizia europea, Sez. I - ponendo tra l'altro in rilievo che 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 – ha dichiarato che l'art. 36, co. 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, 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.

Tale pronuncia - sebbene la Corte abbia specificato che i rilievi formulati nella decisione non sono incompatibili con l'interpretazione fornita nella precedente sentenza 24 novembre 2005, che ha previsto condizioni molto specifiche per la determinazione di coefficienti di ponderazione per i sottocriteri – segna un irrigidimento della giurisprudenza comunitaria, in ossequio ai principi della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza dell'operato dell'amministrazione, sul potere di integrazione e specificazione dei criteri da parte della commissione giudicatrice¹³.

¹³ Nella fattispecie, l'amministrazione aveva menzionato nel bando di gara i soli criteri di aggiudicazione individuando in un momento successivo, dopo la presentazione delle offerte e dopo l'apertura delle domande di manifestazione di interesse, sia i coefficienti di ponderazione sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione.

La questione dei poteri spettanti alla commissione giudicatrice ha costituito oggetto di numerosi arresti giurisprudenziali, dai quali è possibile evincere la sottile linea distintiva esistente tra l'elaborazione di criteri motivazionali, che, ai sensi del d.lg. 163/2006, la commissione aveva il potere-dovere di formulare, e la creazione di veri e propri sub-criteri, di competenza esclusiva dell'amministrazione aggiudicatrice.

In un caso in cui il bando di gara aveva posto il criterio "Sistema organizzativo di esecuzione del servizio: punti 20" e la commissione giudicatrice aveva elaborato le specificazioni "a) relazione sulla struttura organizzativa proposta per l'esecuzione del servizio: punti 10; piano operativo di lavoro con particolare riferimento alle modalità di esecuzione del servizio, garanzia di efficienza dei mezzi proposti, verifica e manutenzione degli autoveicoli e delle attrezzature di cui sono dotati sia sotto l'aspetto tecnologico, meccanico e sanitario: punti 5; descrizione delle modalità operative che la ditta intende adottare per garantire la sostituzione per ferie e malattie: punti 3; sistema di autocontrollo e piano di formazione del personale: punti 3", il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza di primo grado, ha fatto presente che la commissione ha elaborato dei veri e propri sub criteri che dovevano essere stabiliti dal bando in quanto gli stessi dovevano essere resi noti ai concorrenti prima della presentazione delle offerte anche al fine di evitare il pericolo che la commissione potesse orientare, a proprio piacimento ed a posteriori, l'attribuzione di tale determinante punteggio e quindi l'esito stesso della gara dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti¹⁴.

In un'altra decisione, il Consiglio di Stato, nel precisare tra l'altro che il codice sui contratti pubblici non ha modificato la normativa vigente ma si è limitato a registrare il nuovo indirizzo ermeneutico espresso dal giudice comunitario, ha rilevato che i criteri di aggiudicazione debbono risultare completi e rigorosi già in sede di pubblicazione delle

¹⁴ Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4271.

regole di gara, per cui l'amministrazione non può limitarsi a fissare nel bando di gara criteri di massima da integrare in un secondo momento ad opera della commissione giudicatrice¹⁵

La giurisprudenza ha ancora affermato che la norma di cui all'art. 83, co. 4, ultimo periodo, d.lg. 163/2006 (poi abrogata dal terzo correttivo) esprime al tempo stesso il limite negativo ed il potere positivo dell'organo collegiale, cercando 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 "criteri motivazionali" evidenzia il collegamento molto stretto con la motivazione concreta della valutazione di ciascuna offerta, sicché sembra recuperato un certo ruolo della commissione più in linea con gli indirizzi espressi dal giudice comunitario¹⁶.

In definitiva, la preventiva fissazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione del punteggio da parte della commissione consentiva di superare la complessa questione della sufficienza del punteggio numerico quale motivazione della valutazione senza interferire nella elaborazione dei criteri e sub criteri e dei relativi pesi e sub pesi che rimanevano attratti alla competenza esclusiva dell'amministrazione.

Purtuttavia, non può sottacersi, da un lato, che la linea di confine tra criteri motivazionali e sub criteri è molto labile, dall'altro, che esigenze di trasparenza e di *par condicio* tra gli operatori economici impongono che tutte le informazioni utili per la presentazione delle offerte debbano essere preventivamente conosciute.

Nel descritto contesto, si inserisce la lettera di costituzione in mora *ex art.* 226 del 30 gennaio 2008, con cui la Commissione ha rilevato che 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 dalle

¹⁵ Cons. Stato, V, 8 luglio 2008, n. 3400.

¹⁶ Cons. Stato, V, 11 maggio 2007, n. 2355; Cons. Stato, V, 19 aprile 2007, n. 1790.

direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e ciò in quanto, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, 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 conto¹⁷.

Di talché, il terzo correttivo (*id est*: il d.lg. 152/2008) ha provveduto ad abrogare l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83, vale a dire il potere-dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali prima dell'apertura delle buste.

Peraltro, il "correttivo" non ha recepito il suggerimento contenuto nel parere n. 2357/08 reso nell'adunanza del 14 luglio 2008 dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato di aggiungere alla fine del primo periodo del comma 4 l'espressione "e i relativi criteri di valutazione"¹⁸.

La Sezione Consultiva, infatti, ha condiviso la soppressione della norma, atteso che l'affidare alla commissione giudicatrice il compito di fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio prestabilito dal bando, può risolversi nella violazione del principio di trasparenza e di preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici, ritenendo tuttavia, proprio per realizzare l'intento voluto dalla Commissione Europea a che siano fissati nel bando tutti gli elementi necessari allo svolgimento della gara, che fosse opportuno aggiungere la predetta espressione¹⁹.

¹⁷ Il 46° considerando della direttiva CE 2004/18 indica 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, per cui spetta 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.

¹⁸ In tal modo, l'art. 83, co. 4, primo periodo dal d.lg. 163/2006 sarebbe stato così formulato "Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi e i relativi criteri di valutazione".

¹⁹ Verosimilmente, l'espressione da aggiungere sarebbe stata: "e i relativi criteri di motivazione".

5. **La motivazione della scelta del contraente.**

La soppressione della norma disciplinante il potere-dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali ai quali attenersi nell'attribuzione dei punteggi, induce a svariate riflessioni.

In primo luogo, occorre considerare che se la *ratio* della normativa in materia, ivi compresa quella della soppressione della richiamata norma, è volta a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e parità di condizione tra gli operatori economici, consentendo a questi di conoscere preventivamente ogni elemento utile ai fini della formulazione delle offerte, non vi è ragione per non ritenere che l'esigenza di pre conoscenza di tutte le informazioni relative alla valutazione delle offerte vada estesa anche al momento in cui, nelle procedure ristrette, l'operatore economico chiede di partecipare alla gara.

L'esigenza di pre conoscenza, insomma, non riguarda soltanto il momento in cui il concorrente deve formulare l'offerta ma anche il momento anteriore in cui, nelle procedure ristrette, deve valutare se presentare o meno la richiesta di invito alla gara.

Di talché, non solo nelle ipotesi di procedure aperte, in cui non vi è una scomposizione in fasi della procedura ad evidenza pubblica, ma anche nelle procedure aperte, in cui la fase della vera e propria gara segue ad una fase di prequalificazione, tutto quanto previsto dalla stazione appaltante in tema di valutazione delle offerte deve essere indicato nel bando di gara e non nella lettera di invito, vale a dire in uno spazio temporale in cui l'operatore economico non ha ancora deciso se chiedere o meno di partecipare e l'amministrazione non conosce ancora i nomi degli operatori che hanno chiesto di partecipare.

D'altra parte, l'art. 83 d.lg. 163/2006 si riferisce continuamente al bando di gara, mentre non cita in alcuna disposizione la lettera di invito, per cui è da ritenere che non solo

la *ratio legis* ma anche la lettera della legge imponga che i criteri di valutazione e tutto ciò che ad essi attiene siano disciplinati solo e soltanto dal bando di gara.

ooo

Nella configurazione normativa riveniente dalla modifica dettata dal terzo correttivo, deve ritenersi senz'altro inibita alla commissione giudicatrice la possibilità di predisporre i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi atteso che la soppressione dell'art. 83, co. 4, ultimo periodo, d.lg. 163/2006 è finalizzata ad escludere, in ossequio ai principi di parità di trattamento e di trasparenza, proprio tale eventualità, mentre la fissazione dei detti criteri da parte dell'amministrazione aggiudicatrice in sede di bando costituisce una facoltà e non un obbligo.

La soppressione della norma, allora, ripropone la questione della idoneità del punteggio numerico a costituire una adeguata motivazione della valutazione compiuta.

La giurisprudenza era giunta in proposito a conclusioni che possono ritenersi condivisibili anche nell'attuale quadro normativo.

Il solo punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa quando i criteri prefissati di valutazione dell'offerta siano estremamente dettagliati in quanto ciò rende percepibile l'*iter* logico seguito nell'attribuzione del punteggio²⁰.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, infatti, svincolando l'aggiudicazione da un criterio meccanico, attribuisce all'amministrazione un potere fortemente discrezionale, *sub specie* di discrezionalità tecnica.

²⁰ *Ex multis*: Cons. Stato, V, 11 maggio 2007, n. 2355; Cons. Stato, V, 19 aprile 2007, n. 1790; Cons. Stato, V, 20 marzo 2006, n. 1444; Cons. Stato, IV, 22 giugno 2006, n. 3851; T.A.R. Puglia, Bari, I, 27 giugno 2008, n. 1583; T.A.R. Lombardia, IV, 3 marzo 2008, n. 454; T.A.R. Piemonte, II, 31 marzo 2006, n. 1582; T.A.R. Campania, Napoli, II, 6 settembre 2004, n. 11652.

Di talché, sussiste l'esigenza di garantire una valutazione delle offerte il più possibile ancorata a criteri e parametri predeterminati, univoci ed obiettivi nel rispetto del principio di *par condicio* tra le imprese concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa.

Ne consegue l'obbligo di rendere percepibile l'*iter* logico seguito nell'attribuzione del punteggio quantomeno, ove non avvenga attraverso specifiche esternazioni sul contenuto degli elementi valutabili dell'offerta, mediante l'analitica indicazione dei criteri, o dei sub criteri, che concorrono ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, manifestando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.

L'obbligo di rendere comprensibili le valutazioni di gara, d'altra parte, è imposto dalla necessità di garantire la possibilità, prevista e tutelata a livello costituzionale, di un sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere che, sebbene si verta nel campo della discrezionalità tecnica, non è escluso per i profili della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle valutazioni effettuate, sindacato che sarebbe evidentemente precluso in assenza di una sia pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto alla formulazione dei giudizi sulle offerte²¹.

In definitiva, sebbene la modifica introdotta dal terzo correttivo si sia limitata a sopprimere il potere-dovere della commissione giudicatrice di predisporre i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi senza prevedere espressamente che tali criteri debbano essere predisposti dall'amministrazione in sede di bando, appare inevitabile che la stazione appaltante nel bando di gara debba formulare criteri e sub criteri analitici e dettagliati in modo da assorbire e rendere sostanzialmente inutile l'elaborazione dei criteri motivazionali, consentendo essi stessi la ricostruzione dell'*iter* logico seguito nell'attribuzione del giudizio numerico ovvero, in alternativa, debba predisporre e rendere

²¹ T.A.R. Campania, Napoli, II, 6 settembre 2004, n. 11652.

noti in sede di bando di gara anche i criteri motivazionali per fornire agli operatori economici tutte le informazioni utili alla valutazione delle offerte.

In sostanza, la stazione appaltante deve operare in modo da ridurre quanto più possibile la discrezionalità da esercitare in sede di attribuzione dei punteggi ancorando gli stessi a parametri oggettivi e determinati, vale a dire che l'esercizio del potere discrezionale deve essere per quanto possibile esercitato "a monte", a livello di atto generale, in modo da rendere gli operatori economici interessati immediatamente consapevoli di tutti gli elementi utili alla valutazione delle offerte, mentre deve essere circoscritto "a valle", nell'effettiva attribuzione del punteggio, dove le scelte imprenditoriali di partecipare alla gara e di formulare l'offerta con quelle caratteristiche sono già state compiute.

Diversamente, infatti, l'attribuzione dei punteggi potrebbe rivelarsi illegittima per difetto di motivazione, ove non sia possibile comprendere l'*iter* logico seguito, ovvero per violazione di legge e per violazione della *par condicio* tra i concorrenti, ove i criteri motivazionali siano esternati direttamente dalla Commissione in sede di attribuzione dei punteggi, in tal modo reiterando la condotta inibita dalla legge, peraltro nemmeno prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte ma dopo la loro conoscenza e valutazione.

Roberto Caponigro