

# **L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA**

*MARCO LIPARI*

(Il presente scritto riproduce, con integrazioni, il testo della relazione svolta a Firenze, 16 giugno 2006, nell'ambito del convegno "Novità e opportunità del nuovo codice dei contratti pubblici", organizzato dalla SAL-Scuola delle Autonomie Locali e dall'ANCE Toscana).

## **SOMMARIO**

1. Le innovazioni del codice e l'evoluzione normativa.
2. La soluzione del codice: la coerenza con il diritto comunitario. Le principali novità.
3. La predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta.
4. La scelta del metodo: presupposti e motivazione
5. Il contenuto della disciplina. Il ruolo del bando e i poteri della commissione di gara. I criteri di valutazione e il carattere esemplificativo.
6. La ponderazione relativa dei criteri di valutazione.
7. L'ordine decrescente di importanza dei criteri. Le "clausole di sbarramento".
8. I poteri della commissione di gara e la giurisprudenza comunitaria. La soluzione del codice.
9. Il ricorso agli esperti per la definizione dei criteri.
10. I poteri della commissione di gara. I "criteri motivazionali".
11. Il rinvio al regolamento per la determinazione dei criteri ponderali.
12. La commissione giudicatrice. I requisiti soggettivi dei componenti.
13. Le modalità di funzionamento della Commissione.
14. Pubblicità e segretezza delle sedute della commissione
15. Le modalità di nomina della commissione
16. L'offerta economicamente più vantaggiosa e le fattispecie particolari

### **1. LE INNOVAZIONI DEL CODICE E L'EVOLUZIONE NORMATIVA.**

La disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stata significativamente interessata dalle innovazioni recate dal codice dei contratti pubblici, riguardanti diversi aspetti dell'istituto.

Questo criterio (o meglio, “metodo”) di aggiudicazione ha formato oggetto, nel tempo, di una profonda e non sempre coerente *evoluzione normativa*, di cui è possibile cogliere le principali linee direttrici.

Da un lato, il metodo è considerato, molto positivamente, uno strumento utile e moderno, che favorisce lo sviluppo tecnico e che, per la sua *flessibilità*, consente alle stazioni appaltanti di effettuare un apprezzamento adeguato degli elementi oggettivi dell’offerta, pervenendo ad esprimere un accurato giudizio di convenienza della proposta e anche di affidabilità delle imprese in gara. Per le amministrazioni, quindi, il vantaggio consiste nella presenza di un maggiore margine di valutazione delle offerte, senza la necessità di utilizzare il tradizionale, ma più complicato, sistema dell’appalto concorso, destinato a realizzare analoghi obiettivi.

Questa evidente duttilità dello schema è stata spesso sottolineata, anche in relazione ad alcuni modelli contrattuali di una certa complessità, quali il contratto (ritenuto atipico e gratuito) per l’affidamento del servizio di tesoreria (Consiglio di Stato, IV, 4 dicembre 2001, n. 6073).

Dall’altro lato, però, sono stati additati, spesso, i possibili *rischi* di un vero e proprio *abuso* da parte delle amministrazioni e di qualche strumentalizzazione delle stesse imprese concorrenti. Senza arrivare a considerare le possibili patologie (presenti, comunque, anche in altri sistemi di gara), si è frequentemente sottolineata, in senso negativo, la difficoltà di gestione della procedura, che richiede, di solito, elevatissime professionalità tecniche, qualche costo aggiuntivo, una dilatazione dei tempi di conclusione dei procedimenti e può alimentare un contenzioso, molto lungo e delicato, all’interno del quale emergono, fra l’altro, i temi incerti della discrezionalità tecnica e dei limiti al sindacato giurisdizionale<sup>1</sup>.

Apprezzamento e sfavore per il metodo si sono quindi succeduti nel tempo e sono stati notevolmente condizionati anche dai contrapposti atteggiamenti del legislatore europeo e di quello nazionale.

In sintesi, si potrebbe affermare che, per il *diritto comunitario*, il criterio è considerato generalmente con particolare approvazione, purché siano rispettate alcune regole procedurali e sostanziali. In taluni casi, anzi, si è affermata una netta preferenza per tale metodo di affidamento,

---

<sup>1</sup> Secondo Consiglio di Stato, Sez. V, 12/10/2004 n. 6566, il giudizio di discrezionalità tecnica reso in sede di valutazione delle offerte non è sindacabile dal giudice amministrativo.

La pronuncia ha affermato che in sede di valutazione comparativa delle offerte, il giudizio di discrezionalità tecnica, caratterizzato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall’opinabilità dell’esito della valutazione, sfugge, in base a costante giurisprudenza, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano o in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 04/11/2002, n. 6004).

giudicato maggiormente idoneo del criterio meccanico del **prezzo più basso**, perché consente la corretta e puntuale individuazione della offerta davvero “**migliore**” (per esempio, nella normativa in materia di servizi e forniture).

Dal punto di vista del diritto comunitario, quindi, si è rilevato che il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa non consente solo una concorrenza di prezzo, ma anche una **concorrenza di altri fattori**, vale a dire una “concorrenza di condizioni”.

Al contrario, il diritto interno ha manifestato, in generale, un forte sospetto, che si è tradotto in regole molto rigorose, volte a delimitarne l’ambito applicativo (in linea di massima, solo in caso di appalto concorso) e, comunque, a definirne, talvolta anche con grande livello di dettaglio, le modalità di svolgimento, quasi nel timore che tale procedura dovesse celare pericolose insidie, minacciose per la trasparenza e per la correttezza delle procedure.

Va ricordato, al proposito, che, per gli appalti di lavori, la legge n. 109/1994 aveva inizialmente espresso un nettissimo sfavore verso tale criterio, consentito solo nel caso di concessioni e di appalto concorso. Il clima culturale dell’epoca conduceva ad immaginare che la parità di condizioni tra i concorrenti e la trasparenza amministrativa dovessero realizzarsi solo attraverso procedure preferibilmente aperte, incentrate, di regola, sul metodo automatico del prezzo più basso, e segnate da una rigorosa predeterminazione delle regole procedurali e sostanziali di svolgimento. Pertanto, il criterio era utilizzabile solo per l’affidamento delle **concessioni**, oppure nelle procedure di **appalto concorso**, vale a dire per l’attribuzione di appalti ritenuti caratterizzati da intrinseci elementi di complessità dell’oggetto.

In seguito alla legge n. 166/2002, il metodo era stato cautamente esteso, oltre che alle ipotesi particolari dell’affidamento a contraente generale, anche alla licitazione privata e alle gare pubbliche, a condizione, però, che si trattasse di appalti con prevalenza della **componente tecnologica** o per la **rilevanza tecnica** delle possibili soluzioni progettuali, “sempre che si ritenga possibile che la progettazione possa essere ulteriormente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall’appaltatore.”

Invece, per i **servizi** e le **forniture**, almeno sopra la soglia comunitaria, il criterio in questione presentava assoluta priorità, anche in considerazione delle espresse indicazioni formulate in tal senso dalla normativa europea. Il prezzo più basso operava, in via residuale, solo quando si trattava di beni conformi a capitolati generali di natura tecnica.

La “logica” seguita dalla legislazione nazionale presentava non pochi elementi di contraddizione. Solo in via molto approssimativa si potrebbe affermare, infatti, che i servizi e le forniture siano sempre caratterizzati da un maggiore rilievo dell’aspetto qualitativo e “progettuale”

dell'offerta, a fronte delle opere, che si devono comunque realizzare in conformità alla progettazione preventivamente indicata dall'amministrazione.

In concreto, è ben possibile ipotizzare servizi e forniture *semplici*, ancorché non definiti in capitolati tecnici e, al contrario, si possono individuare opere a struttura molto complessa, per le quali l'aspetto economico del prezzo assume davvero un rilievo secondario.

Entra in gioco, a tale riguardo, il **livello di progettazione** richiesto per l'avvio della gara, piuttosto che il settore merceologico di riferimento.

Secondo l'Autorità (DETERMINAZIONE n. 27/2002 del 16 ottobre 2002), in relazione alla disciplina previgente *“si deve ritenere che è possibile l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia se si pone a base di gara un **progetto esecutivo**, sia se si pone a base di gara un **progetto definitivo**. Va però osservato che, qualora la stazione appaltante ritenga di fare ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è opportuno che la stessa impegni proprie risorse per redigere un progetto esecutivo che è destinato ad essere variato anche in aspetti rilevanti. Ne consegue, in tal caso, l'opportunità di fare ricorso all'appalto integrato in quanto i presupposti prima indicati coincidono con quelli che consentono tale forma d'appalto. In ogni caso è opportuno che le stazioni appaltanti, nel caso di ricorso al criterio in esame, provvedano alla nomina di una commissione per la valutazione delle offerte”*.

## 2. LA SOLUZIONE DEL CODICE: LA COERENZA CON IL DIRITTO COMUNITARIO.

### LE PRINCIPALI NOVITÀ.

Il codice dei contratti pubblici, in questa parte, segue un indirizzo dichiaratamente favorevole all'adeguamento della disciplina interna a quella definita in ambito europeo, anche tenendo conto della *giurisprudenza* comunitaria.

Già la normativa europea, infatti, esprime l'idea secondo cui non ha molto senso prevedere una differenza tra i diversi settori, in relazione al metodo di aggiudicazione.

Peraltro, restano contenute ancora, nel codice, alcune regole puntuali, di carattere procedimentale, residuo forse della persistente cautela con cui si era inizialmente apprezzata la “procedura semiautomatica” dell'offerta economicamente più vantaggiosa, molto evidente, fra l'altro, nell'accurata disciplina della composizione della **commissione di gara**. È come se il **sospetto oggettivo** verso il metodo di aggiudicazione, in sé considerato, sia stato ora sostituito da una persistente **diffidenza soggettiva**, riferita, invece, alle strutture che dovranno gestire la procedura. Anche se, per alcuni aspetti, la normativa attuale segna sempre una certa semplificazione delle vecchie regole, molto più severe, contenute nella legislazione in materia di opere pubbliche.

La nuova disciplina, inoltre, aspira a delineare un quadro completo dei precetti in materia (salvi alcuni rinvii al regolamento generale), mediante una serie di disposizioni molto articolate, in conformità agli obiettivi generali del codice, al tempo stesso di recepimento delle direttive n. 17 e 18, e di ammodernamento della disciplina.

Dunque, anche in questo ambito, sono individuabili *norme di diverso contenuto*:

- a) disposizioni meramente riproduttive e *ricognitive* della disciplina previgente, formalmente ricopiate e ora introdotte nel codice (in taluni casi attraverso una parziale legificazione di norme regolamentari);
- b) disposizioni *correttive* delle norme attuali, solo adeguate alla giurisprudenza nazionale e comunitaria, oppure “*modernizzate*”, anche in funzione di una semplificazione delle procedure e della unificazione dei diversi settori, oppure per l’evoluzione interna dell’ordinamento nazionale;
- c) norme propriamente *innovative*, ma imposte dalle modifiche segnate dalle direttive n. 17 e 18;
- d) norme innovative, non richieste dal diritto comunitario, ma frutto di scelte “politiche” derivanti dalla valutazione compiuta dal legislatore.

### 3. LA PREDETERMINAZIONE DEI CRITERI DI VALUTAZIONE DELL’OFFERTA.

Può esser utile concentrare subito l’attenzione sui veri e principali elementi di novità, rilevanti sul piano pratico.

La relazione al codice pone in evidenza la presenza di alcuni aspetti importanti ed innovativi, direttamente collegati all’attuazione della *normativa europea*, oppure al recepimento dei principi generali delineati dalla giurisprudenza comunitaria.

Il primo aspetto riguarda il “maggiore rigore nella *predeterminazione* dei *criteri di valutazione* dell’offerta economicamente più vantaggiosa”. È evidente come questo profilo, anche al di là delle specifiche indicazioni correlate all’attuazione delle direttive, individui uno dei punti centrali del concreto funzionamento del metodo.

Il secondo aspetto attiene alla utilizzabilità di *criteri ambientali e sociali* nella valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. La normativa europea, in questa parte, recepisce un indirizzo già emerso nella giurisprudenza comunitaria, volto a chiarire come il metodo di aggiudicazione in questione, proprio perché contrassegnato dalla presenza di una procedura valutativa complessa, può consentire di attribuire rilievo ad elementi oggettivi, legati alla realizzazione di particolari obiettivi, di valenza non economica, purché inerenti, a vario titolo, alle prestazioni contrattuali.

Non si può nascondere che questa impostazione, pur molto importante, fa sorgere alcuni dubbi applicativi di un certo peso, perché potrebbe introdurre qualche fattore di incertezza nel funzionamento del criterio, non sempre gradito alle imprese e non facilmente gestibile dalle stazioni appaltanti. Forse, proprio per queste ragioni, si spiega la scarsa attenzione che l'articolato riserva al tema, soprattutto in relazione alla sua collocazione sistematica.

Il terzo aspetto innovativo concerne la esplicita previsione secondo cui il criterio è ora espressamente utilizzabile anche per gli *appalti sotto soglia*, in conformità all'indirizzo già prevalente in giurisprudenza ed espresso dall'Autorità di vigilanza, con determinazione n. 6/2005, riferita agli appalti di lavori, in base all'argomento del "*comune scopo di pubblico interesse*", connesso all'uso del criterio.

Ma la relazione al codice sottolinea come la novità prevista sia anche motivata dallo scopo generale di aumentare la *flessibilità* della disciplina degli appalti sotto soglia. In questo senso, il definitivo abbandono dell'esclusività del criterio del prezzo più basso evidenzia un chiaro fattore di abbandono della rigidità del vecchio sistema.

Spetterà alle singole amministrazioni valutare, di volta in volta, se tale metodo di aggiudicazione sia poi effettivamente conveniente, anche tenendo conto di alcuni innegabili fattori di complicazione, in relazione a contratti di limitato valore.

#### 4. LA SCELTA DEL METODO: PRESUPPOSTI E MOTIVAZIONE.

Sul piano pratico, si deve sottolineare un altro elemento di importante innovazione: ora, infatti, emerge la *scelta*, rimessa alla stazione appaltante, e *non più predeterminata dalla legge*, tra il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il codice abbandona definitivamente, quindi, lo sfavore, il sospetto, verso il criterio *semiautomatico*, affermando la pari dignità dei due sistemi. Si tratta di una evoluzione interna dell'ordinamento, ma anche dell'effetto della disciplina di derivazione comunitaria.

Questa regola è espressa, con chiarezza, dall'articolo 81, comma 1, del codice (significativamente rubricato "*criteri per la scelta dell'offerta migliore*"), secondo il quale, "*nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*"

L'uso della formula disgiuntiva "*o*" indica in modo chiarissimo che esiste una perfetta e sostanziale *equivalenza* tra i due sistemi, senza alcuna gerarchia o preferenza. Anzi, in alcuni casi,

apposite norme del codice prevedono, addirittura, la prevalenza o l'esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Non vi è spazio, allora, per un *terzo* criterio di aggiudicazione *misto o intermedio*, pur potendosi ammettere una notevole elasticità del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e una qualche necessità di puntualizzazione in ordine al funzionamento del metodo del prezzo più basso. Le amministrazioni si trovano di fronte ad una netta e chiara alternativa: o si procede con il sistema del prezzo più basso, oppure si applica il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Questa impostazione, del resto, risulta già largamente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa (Cfr. Tar Lazio, Sez. Latina, 21 ottobre 1999, n. 635).

Il comma 2 dello stesso articolo stabilisce, peraltro, che *“Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta”*.

Tale previsione contiene, a ben vedere, due regole. La prima, molto semplice e intuitiva, riguarda l'obbligo di chiarire preventivamente, per i potenziali concorrenti, quali modalità saranno utilizzate per l'aggiudicazione dell'appalto, indicandole nel bando di gara.

La seconda regola, di portata meno evidente e immediata, riguarda l'obbligo di operare una scelta razionale, adeguata e proporzionata, in relazione alle caratteristiche delle prestazioni. In tal modo, sembra emergere, indirettamente, anche l'obbligo di *motivare* la scelta del criterio, in funzione degli elementi oggettivi del contratto. Il dovere di motivazione assume una portata generale, in base alla previsione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990, ma il suo contenuto e la sua ampiezza variano in base al particolare ambito in cui si colloca l'atto amministrativo. Si tratta, in fondo, di uno dei temi costanti del codice, che intende valorizzare la massima trasparenza delle scelte compiute dall'amministrazione.

In questa parte, si potrebbe sostenere che la norma esprima il superamento della previsione secondo la quale il *bando*, in quanto atto generale, non richiederebbe alcuna particolare motivazione.

Come va articolata, in concreto, la *motivazione* della scelta compiuta? Quale ampiezza e profondità deve assumere? Quale margine di sindacato è prospettabile in sede giurisdizionale nei confronti di motivazioni inadeguate o lacunose?.

Come si è detto, la norma in questione sancisce una assoluta equivalenza tra i due criteri. Questo potrebbe significare che, in linea di massima, per le amministrazioni, esista una vera e propria *libertà*, non sindacabile, di definire le modalità di aggiudicazione. Ma, in fondo, la disposizione esprime anche un'esigenza funzionale e finalistica: il metodo prescelto deve comunque

risultare congruente alle caratteristiche oggettive del contratto. Questa circostanza deve essere chiaramente indicata e deve risultare oggettivamente verificabile.

Non vi è ragione di ritenere, tuttavia, che il ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba essere motivato in modo più accurato e completo rispetto a quello del prezzo più basso. Piuttosto, occorre notare che, a stretto rigore, la scelta deve essere motivata solo in relazione a fattori oggettivamente riconducibili alle caratteristiche specifiche del contratto e delle relative prestazioni.

Resta da chiedersi, allora, in quali limiti la scelta dell'uno o dell'altro criterio di aggiudicazione possa essere *sindacata* in sede giurisdizionale. In effetti, la affermata equivalenza tra le procedure, insieme all'obbligo di motivare la scelta compiuta, consente di riconoscere un certo margine di verificabilità delle decisioni assunte. Si pensi al caso in cui si preveda l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma per prestazioni corrispondenti a definizioni precise contenute in precedenti atti dell'amministrazione. Oppure, si consideri il caso contrario in cui, a fronte di prestazioni articolate e complesse, definite dall'amministrazione in modo generico, si decida per il criterio del prezzo più basso.

Si potrebbe, allora, riconoscere una certa flessibilità dell'obbligo di motivazione, che permetterebbe di effettuare un penetrante sindacato solo a fronte di decisioni apodittiche o illogiche o contraddittorie, o smentite dai dati istruttori.

Sul piano processuale, l'affermata sindacabilità della scelta, apre l'ulteriore interrogativo in ordine all'onere di immediata impugnazione del bando. Le indicazioni ormai consolidate della giurisprudenza, peraltro, permettono di affermare che, non trattandosi di clausole "escludenti" la partecipazione, le determinazioni concernenti la scelta possono essere impuginate all'esito della gara, anche dall'impresa che abbia presentato l'offerta senza conseguire l'aggiudicazione.

Come si è detto, la norma, in conformità ad apposito criterio espresso dalla legge delega, si adegua alle statuizioni della giurisprudenza comunitaria e, segnatamente, di Corte di Giustizia CE, sez. II, 7 ottobre 2004, C- 247/2002, secondo la quale non è conforme al diritto comunitario l'art. 21, comma 1, l. 11 febbraio 1994, n. 109, nella parte in cui non consente alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle procedure aperte e ristrette, di *scegliere, caso per caso*, tra il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> A dire dell'Autorità, la pronuncia aveva avuto l'effetto di introdurre immediatamente nell'ordinamento la regola dell'equivalenza tra i due criteri, sia sopra che sotto soglia. In sostanza, dunque, la libera scelta in merito ai criteri di aggiudicazione da utilizzare, che si intende salvaguardare a favore delle singole amministrazioni aggiudicatrici, viene giustificata dal Giudice comunitario alla luce della più efficace attuazione del principio della libera concorrenza, sancito dall'art. 81 del Trattato UE, che costituisce uno dei principi generali del diritto comunitario.

A dire della pronuncia (paragrafi 39 e seguenti), una disposizione nazionale, come quella oggetto della causa principale, che restringe la libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito delle procedure di gara aperte o ristrette, imponendo il ricorso al prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione, non impedisce alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere al raffronto tra le singole offerte e di individuare la migliore sulla base di un criterio oggettivo preventivamente fissato, ricompreso appunto tra quelli indicati all'art. 30, n. 1, della direttiva.

“Tuttavia, la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta<sup>3</sup>.

Secondo TAR LOMBARDIA - BRESCIA - sentenza 21 marzo 2005 n. 168 (resa proprio nel giudizio principale), la pronuncia del giudice comportava, immediatamente, la disapplicabilità della normativa nazionale<sup>4</sup>. In precedenza, peraltro, l'Autorità di Vigilanza (Determinazione N. 53/2000

---

Poiché, come è noto, tali principi generali, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia ormai comunemente accettata, devono ritenersi applicabili anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, dalle conclusioni del Giudice comunitario discende che, essendo applicazione di un principio generale dell'ordinamento comunitario, la libertà di scelta in merito al criterio di aggiudicazione da utilizzare spetta alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le ipotesi in cui le stesse lo riterranno opportuno; quindi, non solo nei casi espressamente previsti dal legislatore nazionale (appalto concorso, concessione di costruzione e gestione, appalti di importo superiore alla soglia comunitaria con prevalenza della componente tecnologica o con particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali), ma per tutti gli appalti che ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva (appalti sopra soglia) ed anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (Determinazione n. 6/2005 del 22 giugno 2005).

<sup>3</sup> Secondo la pronuncia, quindi, l'art. 30, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

<sup>4</sup> L'art. 30, n. 1 della direttiva 14 giugno 1993 n. 93/37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, è incompatibile con una normativa nazionale che, ai fini dell'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

Deve pertanto essere disapplicato l'art. 21 della legge 11.2.1994 n. 109, nel testo antecedente alle modifiche ad esso apportate dalla legge 1.8.2002 n. 166, in quanto dichiarato incompatibile con le regole generali dell'ordinamento comunitario ricavate in sede di interpretazione dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nell'esercizio dei compiti ad essa attribuiti dall'art. 234 (ex art. 177) del Trattato (

del 7 dicembre 2000) aveva ritenuto che la legislazione nazionale, in quanto più “*restrittiva*”, fosse comunque compatibile con il diritto comunitario<sup>5</sup>.

Per le stesse ragioni, anche se meno evidente, sembra che non sia legittimo fissare, con regolamento, o con altro atto generale (anche non normativo), presupposti troppo rigorosi per il ricorso all’uno o all’altro metodo di aggiudicazione.

## **5. IL CONTENUTO DELLA DISCIPLINA. IL RUOLO DEL BANDO E I POTERI DELLA COMMISSIONE DI GARA. I CRITERI DI VALUTAZIONE E IL CARATTERE ESEMPLIFICATIVO.**

L’articolo 83 del codice, che costituisce la sintesi e la combinazione di più norme precedenti, insieme alle illustrate novità, contiene il nucleo della disciplina.

La prima regola consiste nella necessità di definire nel bando di gara i criteri di valutazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto.

Questa previsione si raccorda, strettamente, con l’articolo 67, del codice, secondo cui, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la ponderazione relativa degli elementi oppure l’ordine decrescente di importanza, se non figurano già nel bando di gara, nel capitolato d’oneri o nel documento descrittivo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> “Considerato, tuttavia, che la legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94 e successive modificazioni non ha inteso limitarsi a dare mero recepimento sul piano interno alla direttiva comunitaria proponendosi, invece, di innovare e modificare radicalmente la materia degli appalti di lavori pubblici in una prospettiva organica e completa, con una regolamentazione unitaria di tutti gli appalti di qualsiasi importo, ispirata tendenzialmente al rispetto dei principi del diritto comunitario. E con specifico riferimento al criterio di selezione dei concorrenti, l’art. 21, della legge stessa, in una ritenuta - da parte di esso legislatore - prospettiva di maggior rigore, ha disposto che all’aggiudicazione degli appalti si debba pervenire, nei pubblici incanti e nella licitazione privata, con il solo criterio del prezzo più basso che riduce al massimo la discrezionalità della stazione appaltante, consentendo il ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per i soli casi dell’appalto-concorso e della concessione di costruzione e gestione.

Né può ritenersi che così disponendo la normativa interna si sia posta in contrasto con quella comunitaria con conseguente necessità di farne disapplicazione, dal momento che non “determina una lesione del diritto comunitario” la norma interna che, al fine di assicurare “in modo più esteso” la concorrenza, regolamenti un determinato istituto in maniera difforme da quanto previsto in sede comunitaria (Corte Cost., sentenza n. 482/1995).”

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI - 14 settembre 2006, secondo cui, alla stregua del più recente giurisprudenza comunitaria, sussiste l’obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere nel bando di gara tutti i criteri di valutazione delle offerte, la cui determinazione non può essere demandata alla commissione di gara.

In conformità a quanto statuito da Corte Giustizia CE 17 settembre 2002 C 513-99, la norma definisce la *competenza esclusiva* (o, quanto meno, *predominante*) del bando in ordine alla definizione delle modalità di valutazione dell'offerta<sup>7</sup>.

Sembra chiaro, quindi, che la concreta determinazione dei criteri non possa essere effettuata mediante atti successivi al bando, quali le decisioni assunte dalla commissione di gara. Era questo, del resto, l'obiettivo principale perseguito dalla norma, diretta, in primo luogo, a ridurre la discrezionalità della commissione di gara nello svolgimento delle operazioni valutative.

Meno sicura è, invece, l'affermazione secondo cui il riferimento al bando impedirebbe anche la fissazione di criteri in atti normativi o generali che *precedono* l'indizione della gara. Questa possibilità non può essere esclusa a priori, purché sia rispettato il principio di congruenza con il concreto oggetto dell'appalto e la piena conoscibilità dei criteri stessi da parte dei concorrenti.

I criteri sono analiticamente indicati dalla norma, la quale sottolinea, comunque, il carattere *meramente esemplificativo* dell'elenco, in sintonia con la dominante giurisprudenza (Cons. Stato, V, 18 ottobre 2001, n. 5517)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Con determinazione N. 16/2003 del 29 Ottobre 2003, l'Autorità aveva precisato quanto segue. Il decreto legislativo del 9 aprile 2003, n. 67 di attuazione della direttiva 2001/78/CE impone alle stazioni appaltanti, di procedere alla pubblicazione degli avvisi di gara di appalti pubblici di importo superiore alla soglia comunitaria utilizzando gli allegati modelli. Questi nel caso di aggiudicazione mediante il criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", consente di indicare gli "elementi" e relativi "pesi" alternativamente o nel bando di gara o nel capitolato d'onori.

Tuttavia, con specifico riferimento al settore dei lavori pubblici, va osservato che il ricorso a siffatta alternativa deve intendersi attualmente precluso per effetto dell'articolo 91, commi 1 e 2, del DPR 554/99 che prescrive alle stazioni appaltanti l'indicazione dei suddetti criteri nel bando di gara.

Al riguardo, va rilevato che questa stessa Autorità, nel rispetto di tale disposizione - nel punto IV.2 del modello di bando di gara per appalti di lavori attualmente consultabile sul proprio sito web - ha espressamente previsto la necessaria indicazione degli elementi di cui ai commi 1 e 2 del suddetto art. 91.

In base alle suddette considerazioni l'Autorità è dell'avviso che - ai sensi dell'articolo 91, commi 1 e 2, del d.P.R. 21 dicembre 1999 e successive modificazioni ed ai fini di una corretta formulazione dei bandi - gli elementi, i "pesi" o "punteggi" ed i "sub-pesi" o "sub-punteggi" necessari per la determinazione dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" vanno indicati, oltre che nei bandi di gara inseriti nei siti web delle stazioni appaltanti e nei disciplinari di gara, anche nei bandi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

<sup>8</sup> In precedenza, l'Autorità (DETERMINAZIONE N. 53/2000 del 7 dicembre 2000) aveva ritenuto che la relativa disciplina, contenuta nel comma 2, art. 21, della legge quadro n. 109/1994 e nell'art. 91 del regolamento generale di cui al DPR 21 dicembre 1999, n. 554, rinvia, tra gli elementi di valutazione, "al valore tecnico ed estetico delle opere progettate".

Pertanto, a parere dell'Autorità, ne consegue che al sistema in esame è possibile ricorrere *soltanto nel caso in cui sia previsto l'apporto progettuale dei concorrenti* e, conseguentemente, nel presupposto della mancanza di un progetto dell'amministrazione esecutivo ed immodificabile,

Non vi è dubbio che, in tal modo, si permette sia di restringere, sia di allargare i criteri utilizzabili.

Sul piano statistico, la prassi dovrebbe risultare conforme alla indicazione legislativa e, quindi, la definizione dei criteri dovrebbe essere in linea con questa previsione.

Entro quali margini è concretamente possibile utilizzare *parametri diversi*, più ampi o più ristretti rispetto a quelli descritti dalla norma? E quale eventuale obbligo di motivazione grava sulla stazione appaltante?

La tecnica legislativa della formulazione di elenchi non tassativi è molto utile, ma presenta anche notevoli rischi, perché non consente di evidenziare con immediatezza il contenuto dei criteri applicati.

La previsione legislativa evidenzia il carattere necessariamente *oggettivo* dei criteri, direttamente correlati alla prestazione contrattuale. Deve, inoltre, manifestarsi una *congruità* rispetto ai generali criteri di ragionevolezza e non discriminazione.

In sintesi, per la legittimità della scelta dei criteri di valutazione, devono essere rispettate almeno le seguenti prescrizioni:

- 1) Collegamento effettivo con l'oggetto del contratto;
- 2) Divieto di libertà indiscriminata della stazione appaltante;
- 3) Non discriminazione tra le imprese;
- 4) Applicazione generalizzata dei principi del diritto comunitario.

Una specificazione ulteriore riguarda le *concessioni* (lettera o). Per esse, va considerata, “altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti”.

Nonostante la formulazione letterale della norma (che fa pensare al carattere puramente facoltativo), si deve ritenere che il criterio della lettera o) debba essere *necessariamente utilizzato* (con i dovuti adattamenti) nel caso delle concessioni. Può essere integrato con altri criteri, ma non può mancare.

A meno che non si ritenga sufficiente indicare, con adeguata motivazione, la ragione del mancato inserimento del criterio in questione tra quelli voluti dal bando di gara.

Nell'elencazione esemplificativa della norma non compare, espressamente, il riferimento ai *criteri economici e sociali*, indicato dalla direttiva e pure menzionato dalla relazione.

---

anche se le possibili “modifiche al progetto predisposto dall'amministrazione (stessa) non possono configurare un'alternativa progettuale, ma devono limitarsi ad innovazioni complementari e strumentali, nel rispetto delle linee essenziali e dell'impostazione del progetto di base” (Cons. St., Sez V, 30 novembre 2000, n. 6367).

Si dovrebbe ritenere che essi possano diventare sempre elementi interni dei criteri di valutazione, eventualmente anche con un *peso ponderale* più elevato.

Nel testo legislativo, peraltro, si stabilisce, in termini più generali e ampi, la regola secondo cui (art. 1, comma 2), “il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.”<sup>9</sup>

Inoltre, l’articolo 69 fa riferimento alle condizioni particolari di *esecuzione* del contratto prescritte nel bando o nell’invito. Poiché le disposizioni indicano una prevalenza di tali valori rispetto alle altre regole, è possibile ritenere, sul piano sistematico, che esista la possibilità di delineare i criteri in funzione della realizzazione di tali obiettivi.

Secondo la giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2001, n. 4820) e comunitaria (Corte Giustizia CE 17 settembre 2002, in causa C-51-99, caso Concordia Bus), il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa permette, infatti, l’utilizzazione di parametri non economici, anche considerando che gli elenchi previsti sono da considerare puramente esemplificativi.

Quindi, pur in mancanza, nel codice, di una precisa ed esauriente norma di raccordo, vi sono sufficienti argomenti sistematici per ritenere che tali elementi possano essere utilizzati in sede di valutazione delle offerte.

---

<sup>9</sup> Sentenza della Corte del 17 settembre 2002. - Concordia Bus Finland, in causa C-513/99) L’art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, dev’essere interpretato nel senso che, quando, nell’ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus, decide di attribuire un appalto all’offerente che ha presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa, l’amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all’oggetto dell’appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d’appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione. Peraltro, il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione siffatti criteri, per il solo fatto che la propria azienda di trasporti dell’amministrazione aggiudicatrice rientra fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri. Ciò varrebbe anche se il procedimento di aggiudicazione dell’appalto pubblico di cui trattasi rientrasse nella sfera di applicazione della direttiva 93/38, 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. Infatti, dato che le direttive in materia di appalti pubblici, le cui disposizioni relative ai criteri di assegnazione sono redatte in termini sostanzialmente identici, mirano a raggiungere obiettivi simili nei loro rispettivi settori di applicazione e che l’obbligo di rispettare il principio della parità di trattamento corrisponde all’essenza stessa di dette direttive, non vi è alcuna ragione per interpretarle in modo diverso.

Resta ferma, però, la necessità di rispettare una serie di condizioni generali, secondo le quali, i criteri ambientali e sociali, in ogni caso, devono:

- a) essere collegati all'oggetto dell'appalto;
- b) essere preventivamente pubblicizzati;
- c) rispettare tutti i principi generali dell'Unione, a cominciare da quello di non discriminazione.

## 6. LA PONDERAZIONE RELATIVA DEI CRITERI DI VALUTAZIONE.

Il comma 2 prevede che “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*”.

Diversamente da quanto stabilito dalla normativa previgente, in materia di lavori, quindi, la disposizione dell'art. 83 del codice non obbliga la stazione appaltante a predeterminare il valore decrescente dei singoli elementi alla stregua dei quali le offerte formulate dai candidati saranno vagliate. Questa opzione resta affidata alla scelta discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice.

Si ribadisce, però, il principio secondo cui – in ogni caso - già il bando deve essere in grado di definire le essenziali modalità di svolgimento della *valutazione comparata* dei punteggi attribuibili per ciascuno degli elementi di valutazione.

Per maggiore chiarezza, la norma precisa anche la regola, in forza della quale la ponderazione dovrebbe essere descritta, preferibilmente, 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*”.

È possibile, anzitutto che, per i criteri (tutti o alcuni) di valutazione dell'offerta, sia richiesto un punteggio minimo necessario per effettuare il giudizio. In ogni caso, però, occorre un rapporto di *congruenza* tra il punteggio minimo richiesto e quello massimo.

In sostanza, deve esserci un minimo livello di adeguatezza, operante in una duplice direzione. Si deve evitare tanto una *ipervalutazione* del punteggio (che potrebbe risolversi in una discriminazione a vantaggio dell'impresa dotata di particolari e limitate qualità tecniche), tanto una sua *sottovalutazione* (che determinerebbe, al contrario) un appiattimento del risultato verso il basso, senza adeguata valorizzazione dell'indicato elemento qualitativo.

In ogni caso, questo tipo di ponderazione deve rispondere anche a canoni di logicità e congruenza, sia pure nel rispetto delle opzioni compiute dall'amministrazione, in coerenza con orientamenti ermeneutica già affermati prima dell'entrata in vigore del codice.

In tale prospettiva, si colloca, per esempio, la pronuncia dell’Autorità di Vigilanza n. 133 del 14 luglio 2004, secondo la quale il bando di gara privo dell’indicazione del tempo massimo d’esecuzione e delle modalità di presentazione del relativo ribasso percentuale, non può ritenersi conforme alle disposizioni normative e regolamentari disciplinanti l’offerta economicamente più vantaggiosa<sup>10</sup>. In tal modo, si dice che l’inclusione o l’esclusione di determinati criteri di valutazione non è libera, ma soggetta a un controllo di congruità esercitabile dal giudice.

#### **7. L’ORDINE DECRESCENTE DI IMPORTANZA DEI CRITERI. LE “CLAUSOLE DI SBARRAMENTO”.**

Il comma 3 prevede che “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.”

In sostanza, se non è possibile indicare il livello numerico di ciascuno degli elementi, deve però essere fissato, almeno, il grado gerarchico tra gli stessi. Si tratta di un minimo grado di trasparenza, utile, comunque, per orientare le scelte dei concorrenti in ordine alla formulazione delle offerte.

Tale facoltà è quindi del tutto eccezionale. La “dimostrabilità” richiesta dalla disposizione sembra indicare l’esigenza di dare conto nella motivazione dell’atto di indizione della gara delle ragioni che, obiettivamente, impediscono di delineare una ponderazione numerica, sicuramente più chiara e trasparente per le imprese e più conveniente per le amministrazioni, nella misura in cui essa permetta di ridurre i rischi di contenzioso e comprimere nettamente lo spazio di discrezionalità della commissione.

---

<sup>10</sup> Conseguentemente, la Commissione, venuta a conoscenza di tale circostanza, al momento dell’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, non avrebbe potuto determinarsi in ordine agli elementi mancanti, in quanto, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, è preclusa qualsiasi attività di determinazione o rideterminazione dei criteri valutativi posta in essere successivamente all’avvenuta presa visione delle offerte, la quale prospetta il pericolo della lesione dei principi della par condicio e di imparzialità. Parimenti, la Commissione non avrebbe potuto determinarsi, dopo l’apertura delle buste contenenti le offerte economiche, in ordine all’ammissibilità (con riferimento alla valutazione dell’elemento tempo) delle offerte stesse. Da ultimo, l’Autorità sottolinea che il giusto procedimento che la Commissione avrebbe dovuto seguire è quello delineato all’art. 91 del DPR 554/99, e che il ribasso percentuale sul tempo d’esecuzione deve essere inserito nella busta contenente l’offerta economica (ex art. 64, comma 1, lett. c), Reg.) e non già in quella relativa all’offerta tecnica, a nulla rilevando la presenza, in quest’ultima, del cronoprogramma allegato alla relazione metodologica che, invece, costituisce parte integrante della documentazione tecnica relativa all’illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell’incarico.

Entrambe le disposizioni, tuttavia, lasciano ancora aperto il delicato tema della legittimità delle cosiddette *clausole di sbarramento*, che determinano l'esclusione di concorrenti dalla ulteriore valutazione nel caso in cui essi non raggiungano il punteggio minimo richiesto in relazione ad una delle voci ponderali indicate nel bando.

La giurisprudenza, anche recente, appare divisa. A titolo di esempio, per la legittimità, si è schierato Cons. Stato V, 3 marzo 2004, n. 1040, che ha ritenuta legittima una clausola del capitolato speciale, la quale prevedeva l'attribuzione di punti 40/100 per la qualità e punti 60/100 per il prezzo, ma stabiliva al contempo che, al fine di poter essere ammesse alla fase di valutazione del prezzo offerto, le ditte partecipanti avrebbero dovuto ottenere nella qualità almeno il punteggio di 21/40.

Anche secondo TAR Veneto, Sez. I, 3 settembre 2003 n. 4606, la scelta dell'Azienda di esigere dai concorrenti una qualità tecnica minima, oltre a non contrastare con disposizioni di legge, costituisce il risultato, tutt'altro che irrazionale, considerate le finalità nella specie perseguite dalla stazione appaltante, di un contemperamento di interessi rientrante senza dubbio nell'ambito della sfera discrezionale riconosciuta all'Ente pubblico.

Ma, in senso opposto, risulta orientato Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2005, n. 476. Secondo tale decisione, le "clausole di sbarramento" - come la previsione nel capitolato speciale di appalto dell'esclusione automatica degli offerenti che non abbiano raggiunto nel giudizio di qualità almeno il 50% del punteggio attribuibile - sono illegittime, anche alla luce del noto principio secondo cui, in materia di esclusione da gare di appalto, deve prevalere *l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione e selezione dei concorrenti*, in vista del perseguimento dell'interesse dell'amministrazione al confronto tra le offerte ed alla scelta di quella più vantaggiosa. Secondo la pronuncia, la clausola in questione determina un effetto distorsivo tale da attenuare sensibilmente ed ingiustificatamente il rilievo della valutazione economica. La stessa entità così elevata della soglia (pari al 50%) stabilita nel capitolato speciale per il giudizio di qualità, si rivela, inoltre, illogica, rispetto all'interesse dell'amministrazione, poiché consente, nell'ipotesi in cui un partecipante alla gara non raggiunga, seppure di poco, la soglia stessa, di dover aggiudicare ad altri, indipendentemente dall'entità del compenso richiesto.

Il codice potrebbe offrire nuovi spunti di riflessione, anche se niente affatto univoci. Il principio di *massima partecipazione* alle gare, senz'altro presente nella nuova disciplina, induce a ritenere che tali clausole siano sempre in contrasto con le regole di derivazione comunitaria.

Peraltro, la nuova formulazione, facendo riferimento al concetto di *soglia*, potrebbe indicare la compatibilità con il quadro normativo di previsioni di "sbarramento", purché ragionevoli, ancorate a dati oggettivi delle prestazioni e non a requisiti puramente soggettivi. La congruenza tra

soglia e punteggio massimo, poi, esigerebbe la definizione di un ampio ventaglio di punti assegnabili, individuando la soglia in un punteggio sufficientemente basso (più vicino allo zero che non alla metà del massimo).

Probabilmente, andrebbe effettuata un'analisi più articolata. Clausole con tale contenuto potrebbero ammettersi solo se congruenti con l'oggetto dell'appalto e ancorate a interessi essenziali dell'amministrazione, in relazione alle prestazioni richieste.

Con queste precisazioni, quindi, sembra convincente la conclusione secondo cui, in linea di principio, almeno per i bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del codice, sia ora ammissibile la previsione della clausola di sbarramento.

Il principio di trasparenza e di *par condicio*, che concentra nel bando il potere di individuazione dei parametri vincolanti l'attività valutativa della stazione appaltante, si rafforza anche attraverso la regola fissata al comma 4, secondo cui "il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, prevede, ove necessario, i *sub - criteri* e i *sub - pesi* o i *sub - punteggi*."

Secondo Consiglio di Stato, VI, 29 novembre 2004 n. 7784, la determinazione dei parametri di valutazione e ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oltre quelli legislativamente stabiliti, è rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione e va fatta tenendo conto della distinzione tra elementi e parametri di valutazione.

Infatti, i primi (merito tecnico, caratteristiche qualitative, prezzo, tempo, etc.) sono "elementi" variabili secondo il contratto, che solo in seguito si trasformano in punteggi numerici, cioè in "parametri" di valutazione e di ponderazione; pertanto, mentre l'elemento costituisce la caratteristica dell'offerta in base alla quale deve scaturire una valutazione da parte dell'amministrazione, il parametro è quel dato numerico volto a garantire, in relazione alla natura del servizio un corretto rapporto prezzo qualità. Tale discrezionalità, stante la natura esemplificativa dell'elencazione, può esercitarsi contemplando elementi di valutazione ulteriori oltre quelli indicati, mentre, a fronte del chiaro tenore dell'art. 21 nel testo introdotto dalla legge Merloni ter, non può, di norma, risolversi in una discrezionalità "sottrattiva", che si risolva nel non prendere in considerazione uno o più degli elementi indicati legislativamente<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Pertanto, secondo la pronuncia, è illegittimo il bando di gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che non preveda, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, anche il "costo di utilizzazione e manutenzione dell'opera pubblica da realizzare". Non può considerarsi in alcun modo equivalente alla valutazione del costo di utilizzazione e di manutenzione la voce "minimizzazione dei costi tecnici di esercizio", considerata quale elemento di valutazione del "valore tecnico del progetto", parametro assorbente e di ben ampia latitudine, che non può surrogare la mancata specifica e distinta valutazione dell'elemento del "costo di utilizzazione e manutenzione dell'opera" quando non sia del tutto superflua questa valutazione per le speciali caratteristiche dell'opera o altri motivi.

La Corte di Giustizia (Quinta Sezione, 18 ottobre 2001, nel procedimento C-19/00, aveva elaborato i seguenti principi.

L'art. 29, numeri 1 e 2, della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, deve interpretarsi nel senso che esso consente ad un'amministrazione aggiudicatrice, che ha scelto di aggiudicare un appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, di aggiudicarlo all'offerente che ha presentato l'offerta il cui costo finale potrebbe essere il meno elevato secondo la relazione di un esperto, a patto che la parità di trattamento degli offerenti sia stata rispettata, il che presuppone che la trasparenza e l'obiettività della procedura siano state assicurate e in particolare:

- che il suddetto criterio di aggiudicazione sia stato *chiaramente menzionato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri*, e

- che la relazione si fondi, per quanto concerne tutti i punti essenziali, su *fattori obiettivi* presi in considerazione, secondo i principi di una corretta pratica professionale, come rilevanti e appropriati per la valutazione attuata.

## **8. I POTERI DELLA COMMISSIONE DI GARA E LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA. LA SOLUZIONE DEL CODICE.**

La norma intende affrontare il delicato tema 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*.

Come evidenzia anche la relazione illustrativa, si è preferito ridurre il più possibile il margine lasciato alla commissione di gara. Quindi, anche l'eventuale *sottoarticolazione* degli unitari punteggi, se ritenuta utile o necessaria, deve essere compiuta già nel bando.

È forte, nel codice, la preoccupazione di evitare censure di compatibilità comunitaria della normativa nazionale in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, limitando il margine di scelta discrezionale della commissione nella specificazione dei criteri di valutazione previsti dal bando.

La disposizione del codice, peraltro, sembra introdurre regole ancora più restrittive di quelle emergenti dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia II Sez. 24 novembre 2005 C-331/04, sul rinvio pregiudiziale di Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5033), la quale aveva sì ritenuto di porre un freno alla prassi di concentrare sulle commissioni di gara il potere di definizione delle regole di valutazione delle offerte, ma aveva anche lasciato qualche significativo spazio.

Secondo la pronuncia dei giudici comunitari, infatti, la Commissione *può attribuire peso relativo ai subelementi*, purché rispetti determinate alcune specifiche *rigorose condizioni*, individuate, analiticamente, nei seguenti punti:

- si deve trattare della applicazione di un criterio già predeterminato nel bando o nel capitolato;
- deve essere preventivamente prestabilito il punteggio massimo del criterio;
- il nuovo peso relativo non deve alterare i criteri del bando;
- non deve contenere elementi che – se noti – avrebbero influito la preparazione delle offerte.
- gli elementi non devono avere effetti discriminatori.

Si tratta, all'evidenza, di criteri molto rigorosi, ma che non sembrano precludere, a priori, un certo ruolo della commissione, bilanciato dalla accurata predeterminazione delle regole applicative all'interno del bando.

La disciplina del codice risulta più severa e si attesta, semmai, sugli orientamenti espressi dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale, pronunciata dal Consiglio di Stato, la quale, sia pure con toni problematici, sembrava decisamente diretta ad escludere, in modo pressoché radicale, un intervento specificatore della commissione di gara.

## **9. IL RICORSO AGLI ESPERTI PER LA DEFINIZIONE DEI CRITERI.**

Il codice prende realisticamente atto della difficoltà che potranno incontrare le amministrazioni nell'attività diretta a predisporre, già nel bando, i criteri e la relativa ponderazione, una volta escluso che tale attività possa essere svolta dalla commissione di gara.

Ciò potrebbe scoraggiare l'uso del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte di amministrazioni che non siano tecnicamente e strutturalmente ben attrezzate. La stessa circostanza, del resto, in passato, aveva contribuito ad alimentare la prassi (ritenuta illegittima dalla giurisprudenza comunitaria e da una fetta consistente di quella nazionale di enunciare nel bando criteri troppo elastici e flessibili, poi ridefiniti nei loro effettivi contenuti dalla commissione di gara.

Ora, la soluzione voluta del codice, che pure, in passato, poteva essere già tratta dal sistema, è quella di *anticipare*, se necessario, l'intervento tecnico degli esperti già nella fase di predisposizione del bando, anche se, evidentemente, questa opzione potrebbe costituire un costo aggiuntivo per le amministrazioni.

Oltre tutto, in base alle regole previste dallo stesso articolo, questi esperti verrebbero a trovarsi in una situazione di incompatibilità e non potrebbero assumere la funzione di componenti della commissione di gara.

Secondo il comma 5, quindi, ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilire i criteri ponderali tramite la propria organizzazione, questa “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.”

E’ evidente che il ricorso a soggetti terzi, estranei alla struttura organizzativa della stazione appaltante, dovrà essere supportato da una adeguata motivazione, che dia conto delle ragioni alla stregua delle quali la committente non è in grado di provvedere con le proprie risorse interne.

Appare plausibile che tra le motivazioni idonee possa essere compresa, accanto all’insussistenza di specifiche professionalità nell’ambito dell’organizzazione della stazione appaltante, anche l’eventuale indisponibilità delle risorse necessarie ad adeguatamente procedere alla redazione del bando e, perciò, all’individuazione dei criteri, dei prezzi, dei punteggi e delle relative specificazioni (sub-elementi, sub-criteri e sub-prezzi).

La scelta degli esperti, poi, risolvendosi nella assegnazione di un servizio, dovrebbe essere assoggettata, a sua volta, alle regole in materia di affidamento di servizi stabilite dal codice.

Nulla impedisce, peraltro, che l’incarico sia riferito a una pluralità di gare, o alla definizione di uno schema generale modulabile, in un secondo tempo, dalle strutture interne della stessa amministrazione.

#### **10. I POTERI DELLA COMMISSIONE DI GARA. I “CRITERI MOTIVAZIONALI”.**

I poteri della commissione di gara, oltre ad emergere, indirettamente, dalla previsione riguardante le funzioni ed il contenuto del bando, sono definiti in base alla seguente previsione.

*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.*

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.

Sul piano temporale, questa determinazione deve essere effettuata, ovviamente, prima della apertura delle buste<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Al riguardo, si veda la recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V - 30 agosto 2006; Cfr anche Consiglio di Stato, Sez. VI - 4 settembre 2006 (sulla legittimità o meno del bando che

Abbastanza insolita è la formula utilizzata dalla legge (“*criteri motivazionali*”), la quale evidenzia una certa residua ambiguità dell’impostazione seguita dal codice. Infatti, si prevede un 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<sup>13</sup>.

Non è chiaro, però, come si ponga la definizione dei “criteri motivazionali” rispetto all’obbligo di chiarire esplicitamente la valutazione riferita a ciascuna singola offerta e alla idoneità del *punteggio meramente numerico*, secondo una prassi largamente diffusa.

In effetti, 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.

Ma la previsione di una rete fittissima di criteri e modalità di attribuzione dei punteggi, spesso incentrata proprio su formule matematiche, dovrebbe rendere più facile il ricorso alla motivazione espressa con dati numerici.

Al riguardo, dopo numerose oscillazioni, la giurisprudenza amministrativa sembra orientarsi verso una soluzione abbastanza articolata, che vuole coniugare efficienza e razionalità nella tutela delle parti.

Gli indirizzi interpretativi formati sull’argomento possono sintetizzarsi nei seguenti punti

Secondo Cons Stato n. 67/2003, 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 siano estremamente dettagliati. Sicché, anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, è idoneo a dimostrare la

---

prevede il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo tuttavia all’elemento del prezzo un valore ponderale preponderante e che fissa dei punteggi minimi e massimi senza prevedere i criteri per la loro attribuzione).

<sup>13</sup> Come ha chiarito Consiglio di Stato, Sez. V - 28 maggio 2004 n. 3471, l’esigenza di prefissazione dei criteri di valutazione da parte della Commissione giudicatrice è un principio di correttezza dell’azione amministrativa ineludibile per tutti i procedimenti di evidenza pubblica. Secondo la pronuncia, l’obbligo della motivazione sussiste anche per la valutazione del metodo a coppie) a garanzia dell’imparziale svolgimento di tali procedimenti, al fine di consentire la verifica dell’operato dell’Amministrazione sia da parte del privato interessato che da parte del Giudice Amministrativo, al quale deve essere permesso di poter ricostruire l’iter logico seguito dalla stazione appaltante. Del resto, la circostanza che la procedura seguita sia stata quella del confronto a coppie non riduce in qualche modo l’obbligo di indicare in via preventiva i criteri da seguire nella valutazione o per lo meno di motivare i singoli punteggi assegnati, in quanto tale metodo, se definisce la preferenza accordata ad un’offerta tecnica rispetto ad un’altra o alle altre, non esplicita in alcun modo i criteri seguiti per l’attribuzione della preferenza, che è poi il dato che rileva.

logicità e congruità del giudizio tecnico. Non senza considerare che l'obbligo di motivazione è imposto dall'art. 3, legge n. 241/1990, per i provvedimenti, vale a dire gli atti finali del procedimento, e non anche per gli *atti preparatori*, quali gli *atti di giudizio*<sup>14</sup>.

Analogamente, secondo Cons. Stato, V, n. 6007/2004, e Cons. Stato, V, 6 ottobre 2003 n. 5899, 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 siano *estremamente dettagliati*, e ciò per rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni verbali, relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica<sup>15</sup>.

Altra giurisprudenza, poi, si è fatta carico di definire le modalità e i contenuti della *verbalizzazione* delle operazioni di gara, allo scopo di comprendere pienamente l'iter compiuto dalla commissione (Cons. Stato, VI n. 1458/04). In tal modo, senza specificare la presenza di un obbligo di motivazione, si definisce il ruolo della *documentazione* delle attività compiute.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Quest'ultima notazione lascia alquanto perplessi, perché, anche ammettendo il carattere endoprocedimentale dell'attività della commissione, resta fermo che il giudizio si traduce, poi, nell'atto finale che approva l'aggiudicazione.

<sup>15</sup> Secondo tale orientamento, va considerato, d'altro canto, che l'obbligo di far luogo alla motivazione delle valutazioni concorsuali o di gara è imposto dalla necessità di tener fede al principio, affermato a livello costituzionale, che vuole sempre garantita la possibilità di un sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere, non escluso circa i profili della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle stesse valutazioni: controllo difficile da assicurare in presenza del solo punteggio numerico e in assenza, quindi, di una pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto alla formulazione di un giudizio negativo (cfr. altresì la recente decisione Consiglio di Stato, Sez. V - 28 giugno 2004 n. 4782 e le pronunce Consiglio di Stato, Sez. VI - 13 febbraio 2004 n. 558, Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331 e Consiglio di Stato - Sez. VI - 10 gennaio 2003, n. 67).

All'assenza di criteri predefiniti non può sopperire il cosiddetto "*confronto a coppie*". Tale metodo - introdotto con il D.P.C.M. 27 febbraio 1997, n. 116 (abrogato con legge n. 39 del 2002) e con il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (art. 61, all. C ed A) - con il quale è possibile mettere a raffronto, a due a due, gli elementi delle offerte presentate, sì da trarne, poi, una graduazione che è il risultato di tutte le comparazioni fatte con attribuzione di preferenze che vanno da un minimo ad un massimo di punti predeterminati, non influisce in alcun modo sulle regole proprie della motivazione. Invero, sia nell'allegato A, sopra citato, sia, con maggior analisi, nel predetto DPCM, all'art. 2, non si rinvencono elementi circa i criteri da adottare o le motivazioni da addurre per formulare i giudizi di valore espressi con l'assegnazione dei punteggi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2003, cit.).

<sup>16</sup> Secondo tale orientamento, deve rilevarsi che la natura di collegio perfetto della commissione di gara, impone, quantomeno, che debba indicarsi non l'espressione motivata e palese di tutti i suoi componenti ma, voce per voce, punto per punto, la proposta motivata di attribuzione

La verbalizzazione non deve condurre alla minuziosa descrizione delle attività svolte e delle singole opinioni espresse, ma deve essere proporzionata ed adeguata rispetto all'attività esercitata, e, quindi, in relazione all'esistenza di ampi poteri discrezionali di valutazione di offerte tecniche complesse, come quella in esame, deve dare conto compiutamente ma con economia di mezzi, dell'iter logico seguito nell'attribuzione dei punteggi a maggioranza<sup>17</sup>.

---

dei punteggi messa ai voti, il soggetto che avanza la proposta, nonché eventualmente (non necessariamente) l'esistenza di riserve o dichiarazioni di dissenso o proposte alternative dei commissari rimasti in minoranza.

La laconicità della verbalizzazione amputa sensibilmente le possibilità di controllo e sindacato giurisdizionale, oltre a delineare un metodo in sostanza contrastante con l'esigenza di rispetto del canone di piena partecipazione che comunque connota il collegio perfetto ed illumina il modus operandi della commissione anche quando essa decide di procedere a maggioranza.

La pronuncia prosegue, svolgendo le seguenti considerazioni.

Come evidenziato dall'appello non è dato sapere se siano state formulate una o più proposte di attribuzione del punteggio da parte del presidente della commissione, se non ne sia stata formulata alcuna (ogni commissario potrebbe aver provveduto ad indicare un proprio punteggio) ovvero rispetto ai punteggi formulati da ciascuno si sia provveduto all'eliminazione del punteggio più alto e del più basso, ovvero se sia proceduto a voto palese o segreto sulle proposte, se le proposte alternative o ulteriori fossero per attribuzione di punteggi più alti o più bassi di quelli definitivamente approvati, se uno o più commissari si siano astenuti, se la maggioranza si sia formata immediatamente o dopo una o più votazioni.

Si ricordi che le operazioni delle commissioni di gare di appalto devono essere svolte dal plenum e non possono essere delegate a singoli membri o a sottocommissioni, soprattutto per quel che riguarda le attività propriamente valutative (quale la valutazione delle offerte), potendosi al più consentire la deroga al principio di collegialità per le attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate, fermo restando che restano riservate all'intero collegio le attività implicanti valutazioni di carattere tecnico-discrezionale ( CdS, V, 20/1/2004 n. 155).

La più recente giurisprudenza della Sezione ha ritenuto poi, in tema di punteggi numerici nell'ambito concorsuale, che, in base al principio di trasparenza, cui l'intera attività amministrativa deve conformarsi, nel caso in cui in una procedura concorsuale non siano stati predeterminati rigidamente i criteri di valutazione delle prove, deve essere imposto alle commissioni esaminatrici, a pena di illegittimità, di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica. Invero, l'obbligo imposto alla commissione di concorso di stabilire i criteri di valutazione delle prove, così autolimitando il proprio potere di apprezzamento delle prove medesime, non avrebbe ragion d'essere se non fosse parimenti e conseguentemente imposto di motivare, sia pure in modo sintetico, le modalità di concreta applicazione dei criteri stessi. (Consiglio di Stato, Sez. VI - 30 aprile 2003 n. 2331).

<sup>17</sup> Analoghe considerazioni sono sviluppate da Cons. Stato, V n. 6759/05.

E' anche infondato il terzo motivo, ove si afferma l'inesistenza del vizio di analitica motivazione dell'operato della Commissione rilevato dalla decisione impugnata e si eccepisce che i verbali allegati alla determina di aggiudicazione darebbero sufficiente conto dell'iter logico seguito. La relazione delle operazioni svolte dalla Commissione il 18 dicembre 2003, allegata alla determinazione di aggiudicazione della gara n. 3399 del 19 dicembre 2003 nulla altro contiene se non la descrizione della sequenza procedimentale e il prospetto con i punteggi, dai quali non è in

Altra decisione (Consiglio di Stato, Sez. V, 20/10/2004 n. 6876) ha valutato se esista la possibilità in una gara d'appalto di delegare ad alcuni membri della Commissione lo svolgimento delle attività istruttorie o preparatorie.

Secondo la pronuncia, la delega ad alcuni membri della Commissione di gara di svolgere le attività istruttorie o preparatorie degli elementi sui quali dovrà poi pronunciarsi il plenum della Commissione, non viola il principio della collegialità delle operazioni di valutazione (Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2003 n. 3247; 28 giugno 2002 n. 3566; Sez. VI, 27 dicembre 2000 n. 6867).

#### **11. IL RINVIO AL REGOLAMENTO PER LA DETERMINAZIONE DEI CRITERI PONDERALI.**

Secondo la disposizione, le *metodologie* per definire i criteri ponderali di valutazione comparativa delle offerte sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture.

Dunque, il regolamento generale dovrà definire i metodi di valutazione delle offerte e, quindi, si pone in una posizione logicamente preliminare rispetto al bando. Si tratta, all'evidenza, della probabile codificazione di uno o più dei sistemi elaborati in ambito tecnico e scientifico, volti a razionalizzare in modo adeguato le modalità di svolgimento della valutazione.

Vi è, dunque, una certa articolazione dei diversi livelli di "disciplina" preordinati alla concreta attribuzione dei punteggi, che presenta una propria logica, ma che potrebbe anche provocare qualche concreto problema di coordinamento.

Questo schema così complesso, inoltre, potrebbe ingenerare il dubbio che l'adozione degli atti generali di carattere normativo costituisca un presupposto indispensabile per il passaggio a "regime" della nuova normativa.

---

alcun modo desumibile quale sia stato l'orientamento dei singoli componenti la commissione sui punteggi esaminati con riferimento alle caratteristiche tecniche di ciascuno, come è necessario nelle procedure di aggiudicazione basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Né d'altra parte è sostenibile che considerazioni sia pure sintetiche sui punteggi attribuibili possano essere sostituite dalla semplice enunciazione che la valutazione era stata effettuata secondo la sequenza delle voci e dei parametri previsti dal bando, senza più nulla aggiungere in merito all'adeguatezza dei progetti stessi sotto il profilo tecnico ed esprimere i punteggi corrispondenti secondo la sequenza preconstituita dai criteri generali. Limite alla sinteticità della motivazione è infatti la possibilità di riconoscere la logica che ha guidato la valutazione dei soggetti proposti ad aggiudicare la gara, onde evitare l'insorgere dell'accesso di potere. Siffatto limite non risulta osservato nel verbale relativo all'aggiudicazione di che trattasi, ove null'altro si rinviene se non i coefficienti numerici.

Ma è agevole replicare che, anche in assenza della normativa regolamentare, la nuova disciplina potrà essere applicata, salva la sua successiva integrazione al momento in cui entrerà in vigore il regolamento.

Per quanto concerne i servizi, poi, si prevede che il regolamento tenga 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 (che reca una disciplina particolare per i servizi sostitutivi di mensa), in quanto compatibili con il codice.

La norma assume, in questa parte, una valenza essenzialmente programmatica, perché rinvia al futuro regolamento, che deve essere adeguato al decreto n. 117/1999, ma solo in quanto compatibile con il codice.

Non è chiaro se, in tal modo, sia previsto un vero e proprio *congelamento* del decreto n. 117/1999, o se, al contrario, come appare preferibile, debba comunque darsi rilievo alla persistente vigenza di tale atto, nei soli limiti in cui esso risulti compatibile con il codice.

## **12. LA COMMISSIONE GIUDICATRICE. I REQUISITI SOGGETTIVI DEI COMPONENTI.**

Le successive disposizioni contenute nel codice si occupano degli aspetti più strettamente operativi del metodo di aggiudicazione. Si tratta della disciplina incentrata, essenzialmente sull'obbligo di demandare la valutazione delle offerte ad un organo collegiale, circondato da una serie di rigorose garanzie soggettive.

L'articolo 84 stabilisce, anzitutto, la regola della *obbligatoria* sottoposizione dell'offerta al giudizio di una commissione: *“1. Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento.”*

La norma ha lo scopo di *generalizzare* la regola secondo cui, in tutti i settori, occorre affidare la valutazione ad un organo collegiale a competenza tecnica.

L'obbligatorietà della nomina delle Commissioni nell'ipotesi di gare esperite mediante l'offerta economicamente più vantaggiosa non esclude che anche nel caso in cui la stazione appaltante si determini ad operare la scelta del contraente mediante il criterio del prezzo più basso possano essere nominate apposite Commissioni per lo spoglio delle offerte.

Deve, dunque, ritenersi che la committente sia autorizzata designare apposite Commissioni, anche ove abbia assunto la determinazione di adottare il criterio del prezzo più basso, ferma restando, comunque, l'esigenza di adeguatamente motivare tale scelta.

In tale eventualità, tuttavia, non si devono applicare meccanicamente tutte le apposite norme riferite alla commissione operante secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: si pensi alle incompatibilità o alla composizione o al modo di funzionamento. In tali eventualità, la maggiore flessibilità della commissione dovrà tradursi nella necessità di applicare, analogicamente, soltanto le disposizioni riconducibili a principi di portata generale.

Al livello legislativo, tuttavia, la disciplina è incentrata sulla definizione dei *presupposti soggettivi* per il conferimento della funzione.

Secondo la dizione utilizzata, la competenza della commissione è da considerare tipica ed esclusiva.

Il punto è particolarmente delicato, perché, in passato, poteva manifestarsi qualche dubbio sulla posizione di autonomia e indipendenza della commissione stessa, rispetto all'organo titolare della competenza primaria nella gestione della procedura.

Evidentemente, la commissione deve considerarsi ancora come un organo consultivo o proponente, oppure, secondo un indirizzo consolidato, deve qualificarsi alla stregua di un *organo straordinario della stazione appaltante*, con funzioni meramente consultive, oppure come organo di ausilio della commissione<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Secondo Consiglio di Stato, Sez. IV - Sentenza 5 ottobre 2005 n. 5360, la commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice e non già una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dagli organi competenti della predetta amministrazione appaltante. Infatti, essa svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente, rispetto all'amministrazione appaltante, essendo investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata alla individuazione del miglior contraente possibile, attività che si concreta nella c.d. aggiudicazione provvisoria. Come è intuitivo, la funzione di detta commissione si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva; nel periodo intercorrente tra tali atti non può fondatamente negarsi il potere della stessa commissione di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente. Tale potere di riesame, infatti (che potrebbe essere esercitato anche indirettamente, informando del dubbio di legittimità del proprio stesso operato l'organo dell'amministrazione appaltante investito del potere di approvazione degli atti di gara e invitandolo, pertanto, a sospendere il procedimento finalizzato all'aggiudicazione definitiva e a rimettere gli atti alla stessa commissione di gara per il riesame delle questioni dubbie) costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento (consacrati dall'articolo 97 della Costituzione) che devono informare qualsiasi attività della Pubblica Amministrazione e che impongono, conseguentemente, l'adozione di atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. V, 2 luglio 2001, n. 3610) e che, nel caso di specie, si configura proprio come autotutela (C.d.S., sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1224; 3 febbraio 2000, n. 661).

La qualificazione dogmatica è ritenuta particolarmente importante per definire il ruolo della commissione dopo la conclusione delle operazioni. Secondo TAR Sicilia, Sez. Palermo, I, 9 novembre 2005 n. 4992, in sintonia con un costante orientamento giurisprudenziale, la commissione di gara costituisce *organo speciale e temporaneo* dell'Amministrazione, la cui legittimazione ad operare in via collegiale, nonché in persona del presidente, è necessariamente subordinata alla pendenza del procedimento di gara e sino al limite funzionale e temporale del suo esaurimento (cfr. C.G.A.R.S. 30 settembre 1998 n. 581), oltre il quale il presidente del seggio cessa la propria funzione, non potendo quindi disporre in alcun modo la riapertura delle operazioni concorsuali.

Gli organi competenti alla gestione della procedura potranno incidere sull'attività della commissione in sede di approvazione degli atti di gara, in relazione alla verifica di legittimità dell'operato della commissione stessa.

### **13. LE MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELLA COMMISSIONE.**

È invece demandato integralmente al regolamento il compito di disciplinare i numerosi e controversi aspetti riguardanti le *modalità di funzionamento* della commissione.

Solo citando i casi più importanti, va ricordato che la giurisprudenza si è occupata dei seguenti aspetti: funzionamento secondo la regola della collegialità; possibilità di integrazione dei componenti, per determinate esigenze; modalità di redazione dei verbali; segretezza o pubblicità delle sedute; tempo di apertura delle offerte economiche.

Il rinvio al regolamento riguarda, pertanto, una delle parti più consistenti della disciplina, con rilievo anche del profilo strettamente pratico della funzionalità delle stazioni appaltanti.

Nonostante l'ambiguità della formula utilizzata, comunque, sembra difficilmente dubitabile che la nuova disciplina si applichi immediatamente, senza bisogno di attendere l'emanazione del nuovo regolamento.

È quindi ragionevole ritenere che i principi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza in costanza della disciplina previgente conserveranno piena efficacia anche quando la normativa in commento sarà pienamente operativa.

Secondo una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'elemento prezzo deve restare segreto per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le proprie valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte stesse, ai fini dell'attribuzione dei punteggi, variabili secondo margini di discrezionalità (Cons. Stato VI, 10 luglio 2002, n. 3848).

### **14. PUBBLICITÀ E SEGRETEZZA DELLE SEDUTE DELLA COMMISSIONE.**

Parimenti, conserva pieno valore il principio per cui sussiste l'obbligo di pubblicità della gara, inderogabile per quanto attiene alla apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche. Il principio può essere derogato allorché si debba procedere, da parte della Commissione, ad una specifica valutazione tecnica delle offerte (Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.4.2003 n. 1787).

In sostanza, il principio di pubblicità delle sedute di gara, mentre trova generale applicazione nelle ipotesi di procedure ad aggiudicazione automatica (che tengano, dunque, conto unicamente dell'aspetto economico), è invece applicabile solo parzialmente nel caso di procedure che richiedano una valutazione tecnico-discrezionale.

La seduta riservata mira allo scopo di evitare influenze esterne sui giudizi espressi dai componenti la commissione giudicatrice (Consiglio di Stato, Sez. V, 9.10.2002 n. 5421).

Secondo Consiglio di Stato, Sez. V, 11/2/2005 n. 388, nell'appalto concorso la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta deve essere effettuata in seduta riservata per evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice. Secondo tale pronuncia, il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è senz'altro inderogabile in ogni tipo di gara (compreso l'appalto concorso), almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura (V. le decisioni di questa Sezione n. 576 del 30.5.1997, n. 2884 del 7.5.2000, n.1067 del 27.2.2001, n. 4586 del 3.9.2001).

Occorre però distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica (sulla base della disciplina di gara, che tiene conto unicamente dell'aspetto economico) e quelle che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici. Per le prime (sistema dell'asta pubblica e delle licitazioni private, salvo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), la pubblicità delle sedute è generalmente totale, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. Per quanto concerne in particolare l'appalto concorso, cui è assimilabile la procedura della licitazione privata con l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici, occorre tener presente che a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che certamente non può essere che essere effettuata in seduta riservata ad evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice.

Coerentemente, si è chiarito che il principio secondo cui è ammesso l'espletamento di procedure valutative in seduta riservata, con specifico riferimento agli elementi tecnici delle offerte nell'ipotesi in cui la gara debba essere aggiudicata sulla base di una pluralità di elementi tecnico-

economici, non è estensibile allorché debba procedersi a mere verifiche contabili, quali il controllo di somme e prodotti indicati nelle offerte (Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. Giur. 28.1.2002 n. 58)19.

## 15. LE MODALITÀ DI NOMINA DELLA COMMISSIONE.

In base a quanto previsto dal comma 2, la commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero *dispari* di componenti, in numero massimo di cinque, *esperti* nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

Va ricordato, al proposito, che, secondo Consiglio di Stato, Sez. V 22 novembre 2005 n. 6496, e' illegittimo l'operato di una giunta comunale che, pur esplicitamente richiamando l'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. in ordine alla composizione della commissione, nomina, oltre ai cinque componenti (ossia il numero massimo di commissari previsto dal citato art. 21) ulteriori due membri, nelle persone di professionisti (un avvocato ed un commercialista), qualificati come "consulenti esterni", incaricati di offrire alla commissione il necessario "supporto amministrativo", laddove emerge dagli atti che tali "consulenti", in luogo di limitarsi a prestare ai membri della commissione l'assistenza professionale loro eventualmente richiesta (come è giuridicamente possibile), presenziarono a tutte le sedute di gara, ivi incluse quelle riservate<sup>20</sup>.

La norma prevede la competenza alla nomina, il numero dei componenti, il requisito minimo di professionalità richiesto.

---

<sup>19</sup> In giurisprudenza si è anche stabilito che nell'ipotesi in cui il seggio di gara operi in seduta riservata nel caso di procedure selettive esperite mediante il criterio del prezzo più basso, ovvero quando debba procedere a verifiche contabili nell'ambito di una procedura da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli atti conseguentemente adottati risulterebbero viziati per grave violazione del principio di pubblicità della gara (TAR Veneto, Sez. I, 2.1.2003 n. 1; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.7.2003 n. 4145).

<sup>20</sup> E' evidente, infatti, che tale partecipazione è indice di un apporto attivo che travalica il circoscritto concetto di "consulenza" e che conduce, conseguentemente, all'invalidazione di tutti gli atti posti in essere dalla commissione. Se, infatti, i "consulenti esterni" hanno operato come veri e propri componenti, risulta violato sia il dettato normativo dell'art. 21, comma 5, della citata legge n. 109/1994 e s.m., relativamente al numero massimo di cinque commissari da esso previsto, sia il principio di perfetta collegialità delle sedute della commissione di gara, sotto il profilo dell'illegittima presenza alle sedute, ivi comprese quelle svoltesi in maniera riservata, di persone non aventi titolo a parteciparvi.

È però previsto, al comma 3, che la commissione sia presieduta da un *dirigente* della stazione appaltante, nominato dall'organo competente.

L'articolo 21, comma 5, della l. n. 109 del 1994 stabilisce che "La commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore". Pertanto, in una gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di un'opera pubblica il presidente della commissione giudicatrice della gara deve necessariamente essere un dirigente dell'amministrazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. V, 15/5/2006 n. 2711).

In mancanza di figure dirigenziali, peraltro, si apre il problema delle possibili modalità di sostituzione e di individuazione del presidente. Sembra che, in tal caso, debbano richiamarsi le regole generali in tema di esercizio della funzioni dirigenziali nell'ambito di amministrazioni prive di tali qualifiche (per esempio, enti locali di minori dimensioni).

La disciplina ulteriore risulta particolarmente dettagliata, in relazione al tema delle cause di *incompatibilità*.

Si prevede, in primo luogo, che "i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

Questa previsione induce a ritenere che il Presidente possa essere anche lo stesso responsabile del procedimento, in conformità all'orientamento espresso dalla giurisprudenza.

In particolare, secondo Consiglio di Stato, Sez. V 20 marzo 2006 n. 1444, nell'attuale assetto ordinamentale degli Enti locali, può validamente sussistere la concentrazione, da parte del dirigente comunale, dei ruoli di presidente della commissione di gara e responsabile del procedimento, che procede all'approvazione definitiva degli atti della stessa. Ciò in considerazione del fatto che l'attività di approvazione definitiva degli atti di gara non può più essere qualificata alla stregua dell'attività di controllo e che la disposizione specifica di settore di cui all'art. 107, comma 3, lettere a) e b), del D.Lgs. n. 267/2000 prevale sulla norma generale di cui all'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2004, n. 6029; 28 giugno 2004, n. 4772; 1° aprile 2004, n. 1812; 18 settembre 2003, n. 5322; 21 giugno 2002, n. 3404)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Secondo Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza 1 aprile 2004 n. 1812, l'ordinamento degli enti locali, nella parte in cui definisce le competenze dei dirigenti di tali enti, non è suscettibile di essere conciliato con la disposizione dell'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. in quanto, con norma chiara, impone ai dirigenti di presiedere le commissioni di gara e di concorso assumendo la responsabilità delle relative procedure (art. 107, terzo comma, lett. a) e b) del testo unico di cui al D.Lgs. n. 267/2000). La disposizione in parola, che si inserisce armonicamente in un ordinamento che tende a ridurre i controlli formali da parte di soggetti interni ed esterni all'Ente introducendo, all'opposto, forme di verifica dell'attività in cui sia solo il risultato della gestione ad essere valutato in termini di efficienza, rendimento e regolarità amministrativa e contabile in relazione al conseguimento degli obiettivi di gestione assegnati ai dirigenti dagli organi di governo dell'ente

Secondo TAR Marche - Sentenza 4 febbraio 2005 n. 128, in base alla normativa vigente, il dirigente o il funzionario investito della relativa funzione, nei Comuni privi di personale di qualifica dirigenziale ex art. 109, comma 2, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, è responsabile sia nella fase istruttoria sia in quella di emanazione del provvedimento finale del procedimento e non può sottrarsi a tale responsabilità impostagli dalla legge, astenendosi da una delle due fasi. E' legittimo, pertanto, in tali circostanze, che il responsabile del procedimento sia Presidente della Commissione giudicatrice e che approvi gli atti della Commissione medesima e disponga dell'aggiudicazione definitiva della gara.

Un'evidente differenza tra la disciplina originaria e quella del Codice è rinvenibile nella previsione che mentre la prima prevedeva l'incompatibilità a far parte delle Commissioni Giudicatrici a tutti i componenti, ora, la nuova disciplina esclude che la posizione di incompatibilità si estenda al Dirigente Tecnico designato Presidente della Commissione.

Secondo il comma 5, a garanzia dell'indipendenza della funzione, si prevede che "Coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio."

La norma dell'art. 21 della legge n. 109/1994 contemplava analoga ragione di incompatibilità estendendola, però, al quadriennio precedente la celebrazione della procedura concorsuale.

Una ipotesi abbastanza particolare di impedimento soggettivo è costituita dalla previsione del comma 5, in forza della quale, *"6.Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi."*

L'ambito applicativo della norma è di dubbia latitudine. Sembrerebbe che questo accertamento possa essere compiuto solo nell'ambito di un giudizio di responsabilità contabile.

In ogni caso, poi, secondo il comma 7, si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'art. 51 cod. proc. civ.

---

nell'esercizio della loro funzione di indirizzo, impone, anziché escludere, che i dirigenti dei singoli settori siano responsabili del buon esito dell'azione amministrativa ad essi demandata e, quindi, siano titolari dei poteri amministrativi che nel corso dei vari procedimenti devono essere esplicati. Il regime giuridico della loro responsabilità è ordinato sulla valutazione del risultato conseguito e non sulla correttezza o meno dei singoli atti compiuti e, quindi, coerentemente con tale impostazione, essi sono dotati di tutti i poteri che possono direttamente incidere sull'efficienza della loro azione amministrativa. Per queste ragioni, con riguardo alle procedure di affidamento di competenza degli enti locali, la disposizione specifica di settore prevale sulla norma di carattere generale prevista nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.

Con tale previsione il legislatore ha sostituito la disciplina del comma 5 dell'art. 92 del DPR 554/1999 (abrogata unitamente a quelle di cui ai commi 1 e 2 dalla disposizione dell'art. 256 del D.Lgs. 166/2006), secondo cui i Commissari erano tenuti ad astenersi qualora avessero avuto interessi personali o professionali nei confronti di uno o più soggetti comunque coinvolti, direttamente o indirettamente, nelle attività di gara o di esecuzione dei lavori.

Restano, invece, in vigore (almeno fino alla approvazione del futuro regolamento) il comma 3 del citato art. 92 del DPR 554/1999, il quale prescrive che con l'atto di nomina dei membri della Commissione deve essere determinato il compenso ad essi spettante, ed essere altresì fissato il termine, prorogabile una sola volta per giustificati motivi, entro cui devono espletare l'incarico, ed il comma 4, ai sensi del quale i Commissari, all'atto dell'accettazione, sono tenuti a dichiarare l'insussistenza delle cause di incompatibilità previste dalla norma dell'art. 21 comma 5 della legge n. 109/1994 (e cioè l'aver svolto funzioni tecnico-amministrative con riferimento all'appalto oggetto della procedura).

Il comma 8 disciplina i criteri di individuazione e di scelta dei commissari. Questi se diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari delle stazioni appaltanti.

Per questi soggetti, valgono, a contrario, le incompatibilità connesse allo svolgimento di altre funzioni inerenti l'appalto in oggetto.

Non deve essere sopravvalutato, invece, il riferimento alla selezione, la quale indica soltanto, in modo generico, la necessità di individuare soggetti in possesso di adeguata preparazione culturale e professionale.

Peraltro, in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti con un criterio di rotazione tra gli appartenenti a particolari categorie.

Si tratta di professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali, nonché di professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

Secondo il comma 9, gli elenchi di cui al comma 8 sono soggetti ad **aggiornamento** almeno biennale.

La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, salvo quanto previsto dall'articolo 83, comma 4 (comma 10).

Molto opportunamente, al comma 11, si chiarisce che le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

Inoltre, in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione.

Probabilmente, la norma intende anche precisare che, in tale eventualità, si tratta dello stesso incarico professionale, che non dà titolo alla corresponsione di compensi ulteriori.

Va poi ricordato che, secondo la giurisprudenza, le cause di incompatibilità previste per i membri della commissione valgono solo in riferimento alla procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non ad altri metodi, quali, la trattativa privata.

## **16. L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E LE FATTISPECIE PARTICOLARI.**

La disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa si adatta ad alcune fattispecie particolari, prese in considerazione da specifiche disposizioni del codice.

L'articolo 85, comma 1, lettera b) prevede un'apposita regola per l'asta elettronica, stabilendo che essa riguarda  *i prezzi ed i valori degli elementi dell'offerta indicati negli atti di gara, quando l'appalto viene aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa.*

Ciò si riflette anche sul contenuto dell'invito (comma 8): "quando l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito di cui al comma 7 è corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta dell'offerente interessato, effettuata conformemente alla ponderazione di cui all'articolo 83, comma 2".

In tal caso, l'invito precisa, altresì, la formula matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori presentati. Questa formula integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quale indicata nel bando o negli altri atti di gara; a tal fine le eventuali forcelle devono essere precedentemente espresse con un valore determinato.

L'articolo 86 chiarisce in modo esplicito che la valutazione di  *anomalia* possa essere effettuata anche nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tale eventualità, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione,

sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

L'articolo 55, comma 2, stabilisce che le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le *procedure ristrette* quando il contratto ha per oggetto, oltre che l'esecuzione, anche la progettazione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Vi è dunque una preferenza solo tendenziale per la procedura ristretta, senza che ciò determini un obbligo di motivazione specifica.

Secondo l'articolo 58, comma 4, poi, in materia di *dialogo competitivo*, l'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si tratta di una previsione logica e coerente con le caratteristiche tipicamente progettuali del dialogo competitivo.

Il comma 15 precisa che le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo e di quelli eventualmente fissati ai sensi del comma 13, individuando l'offerta economicamente più vantaggiosa conformemente all'articolo 83.

La particolarità della regola consiste nella possibilità di fissare i criteri in una fase successiva. Ma si tratta di una disciplina pienamente coerente con la struttura del dialogo competitivo, caratterizzata da una progressiva selezione delle soluzioni progettuali indicate dai concorrenti.

Questo spiega anche l'ulteriore regola contenuta nel comma 16, secondo cui *“l'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere invitato a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni.”*

Anche per le concessioni vale la stessa regola di esclusiva applicazione del criterio. *“1. Le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio selettivo dell'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA.”*

La stessa esclusività del metodo vale nella *finanza di progetto* (art. 155).

Per l'affidamento a *contraente generale*, invece, il metodo è alternativo a quello del prezzo più basso, ma il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è articolato secondo apposite previsioni (art. 177).

In questo specifico settore è però intervenuto l'articolo 1-octies della legge 2006, n. 228, il quale, al comma 1, lettera f), ha abrogato l'articolo 177, comma 4, del codice, a sua volta derivato

dall'articolo 20-octies del decreto legislativo n. 190 del 2002 (introdotto dal decreto legislativo n. 9/2005).

La correzione puntuale del codice nasce dall'esigenza di superare la procedura di infrazione comunitaria, avviata con lettera di messa in mora n. 2005/4311 del 10 aprile 2006.

La norma censurata in sede comunitaria sancisce che fra i criteri presi in esame dalla stazione appaltante al fine dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia contemplata anche "la maggiore entità di lavori e servizi che il contraente generale si impegna ad affidare ad imprese nominate in sede di offerta".

A parere della Commissione europea, la norma è di dubbia legittimità comunitaria, nella parte in cui introduce un criterio estraneo all'oggetto dell'appalto da affidare.

L'articolo 204, comma 3, detta una regola apposita per gli appalti relativi a beni culturali. *"Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuate le metodologie di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi nelle ipotesi di affidamento di lavori su beni mobili o superfici decorate di beni architettonici secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

Merita di essere ricordata, poi, la previsione dell'articolo 76, comma 1: Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti possono autorizzare gli offerenti a **presentare varianti**.

Si tratta di un'ipotesi tassativa. Le varianti sono ritenute compatibili, in linea esclusiva, quindi, solo quando l'offerta risulta già caratterizzata da una componente progettuale diversificata. Ma non vale, ovviamente, la regola contraria. Anche se il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa si giustifica, spesso, con l'esigenza di valorizzare l'apporto progettuale dei concorrenti. Non è necessario, però, che esso si traduca nell'obbligo di presentare varianti.