

Ogni previsione della *ex specialis* che renda possibile una patente elusione dei criteri di obiettività della valutazione, in danno della parità di trattamento dei concorrenti è censurabile, sotto il profilo dell'eccesso di potere e della violazione del pr

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Offerta economicamente più vantaggiosa - art- 83 del codice dei contratti - distinzione fra criteri e sub-criteri - importanza del bando di gara - la commissione non può fissare criteri, pesi e punteggi, né sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi - necessari i sub-pesi (o i sub-punteggi) ogni volta che si stabiliscono i sub-criteri - illegittimo il capitolato se predeterminando i sub-criteri di valutazione non sono stati assegnare ad essi un peso e un punteggio

ogni previsione della <<lex specialis>> che renda possibile una patente elusione dei criteri di obiettività della valutazione, in danno della parità di trattamento dei concorrenti è censurabile, sotto il profilo dell'eccesso di potere e della violazione del principio della <<par condicio>>

l'art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ai commi primo e quarto, distingue - nell'appalto aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa - i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (prezzo, qualità, pregio tecnico, caratteristiche, redditività, servizi) dai sub-criteri.

Per i primi è previsto, al comma secondo del citato art. 83, che il bando di gara precisi <<la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi>>.

Per i secondi è stabilito che siano indicati dal bando di gara <<i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni>> (comma quarto), ma se tale determinazione è troppo complessa sul piano tecnico, la stazione appaltante, con la delibera a contrarre, può nominare uno o più esperti.

Ciò significa che non può essere la commissione giudicatrice a fissare criteri, pesi e punteggi, né sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi

Nel caso di specie, il capitolato speciale di gara stabilisce tre criteri generali molto ampi: 1)caratteristiche tecnico-qualitative del sistema (punti 20); 2)caratteristiche di contesto organizzativo (punti 35); 3)servizi post-vendita (punti 5). Per ciascuno di questi criteri, il capitolato prevede una molteplicità di sub-criteri numerati con le lettere dell'alfabeto latino (cinque per il primo, sedici per il secondo, cinque per il terzo), ma non indica i sub-pesi o i sub-punteggi attribuibili a ciascun sub-criterio. Il capitolato determina la ponderazione dei criteri principali mediante il meccanismo della quota massima di punteggio attribuibile, ma tralascia di determinare una sub-ponderazione dei sub-criteri, talché la pesatura dei sub-criteri oscilla liberamente, a totale discrezione della commissione valutatrice. Conseguentemente, l'attribuzione dei sub-punteggi diventa del tutto arbitraria. Ipoteticamente, la commissione potrebbe attribuire quindici dei venti punti previsti per il primo criterio, soltanto al sub-criterio della lettera A), distribuendo gli altri cinque tra i restanti sub-criteri della lettere dalla B) alla E). Tale incertezza lascia alla commissione un margine di apprezzamento troppo ampio nell'attribuzione dei sub-punteggi. Attribuire ad ogni criterio e sub-criterio di valutazione uno specifico peso o punteggio è attività indispensabile per non lasciare spazi di apprezzamento arbitrario alla commissione, la quale - in assenza dei parametri - potrebbe ritenere preponderante un aspetto tecnico rispetto a un altro, senza avere peraltro la possibilità di motivare la preferenza, trattandosi non più di un giudizio tecnico, ma di una scelta di mera opportunità. Inoltre, la mancata determinazione dei sub-pesi e dei sub-punteggi non consente ai concorrenti di comprendere, fino in fondo, i parametri di valutazione prescelti dalla commissione di gara, soprattutto se la commissione - come è avvenuto nel caso di specie - omette di precisare essa stessa i sub-pesi e i sub-punteggi attribuiti ai sub-criteri. Ciò si riverbera in un palese difetto di motivazione della decisione in ordine all'offerta migliore alla quale aggiudicare la gara.

L'art. 83 del Codice dei contratti pubblici lascia alla stazione appaltante ampia discrezionalità nella

definizione dei criteri di valutazione delle offerte. A titolo esemplificativo, al primo comma, enumera tredici diversi criteri valutativi, indicandoli con le lettere dell'alfabeto latino: a)prezzo; b)qualità; c)pregio tecnico; d)caratteristiche estetiche e funzionali; e via dicendo. Al comma secondo, l'art. 83 stabilisce che ogni criterio deve essere <<ponderato>> dal bando, cioè deve ricevere un'attribuzione di peso o punteggio, mediante l'indicazione - in termini assoluti o percentuali - di quanta parte del punteggio complessivo dell'offerta tecnica spetti alla valutazione di un determinato elemento di essa. Tale ponderazione relativa può avvenire anche con la determinazione di <<una soglia, espressa con un valore numerico determinato>>, vale a dire con la determinazione di minimo e massimo di peso e punteggio. Ovviamente il peso incide sull'attribuzione del punteggio e, in certi casi, peso e punteggio si identificano.

Ove mai la stazione appaltante - alla quale spetta di decidere quali elementi valorizzare, mediante i criteri nell'offerta economicamente più vantaggiosa - ritenga necessario stabilire i sub-criteri, l'art. 83 comma quarto la obbliga ad attribuire a ciascun sub-criterio, un sub-peso o un sub-punteggio. Ciò può essere ricavato, in via interpretativa, dal dato letterale della congiunzione <<e>> posta tra <<i sub-criteri>> e <<i sub-pesi>>, in funzione di indicazione del cumulo necessario delle due categorie di elementi, sub-criteri e sub-pesi. Tale funzione logico-semanticamente della congiunzione <<e>> è confermata, peraltro, dal dissonante uso della preposizione <<o>>, posta tra <<i sub-pesi>> e <<i sub-punteggi>>, in funzione indicativa dell'alternatività (o succedaneità) di sub-pesi e sub-punteggi tra loro.

E' anche un'interpretazione logica e di sistema a indicare come necessari i sub-pesi (o i sub-punteggi) ogni volta che si stabiliscono i sub-criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La definizione di tali elementi non può rientrare tra le scelte discrezionali dell'Amministrazione, essendo adempimento vincolato, in ragione della necessità di evitare che la commissione possa valutare <<a posteriori>> l'attribuzione determinante del punteggio, dopo aver esaminato le offerte tecniche. Invero, ogni previsione della <<lex specialis>> che renda possibile una patente elusione dei criteri di obiettività della valutazione, in danno della parità di trattamento dei concorrenti è censurabile, sotto il profilo dell'eccesso di potere e della violazione del principio della <<par condicio>> (cfr.: Cons. Stato VI, 14.9.2006 n. 5323; T.A.R. Lazio Roma III quater, 9.1.2009 n. 82; T.A.R. Piemonte I, 4.12.2009 n. 3255).

La stazione appaltante, predeterminando i sub-criteri di valutazione, senza assegnare ad essi un peso e un punteggio, ha impedito ai concorrenti di presentare offerte consapevoli, ha reso la commissione aggiudicatrice arbitra di preferire un'offerta a un'altra senza una particolare motivazione tecnica, ha impedito ai concorrenti di valutare fino in fondo le ragioni delle scelte operate dalla commissione. Ciò, rendendo illegittimo il capitolato, travolge tutti gli atti della gara, compresa l'aggiudicazione.

<https://www.diritto.it/ogni-previsione-della-ex-specialis-che-renda-possibile-una-patente-elusione-dei-criteri-di-obiettività-della-valutazione-in-danno-della-parità-di-trattamento-dei-concorrenti-e-censurabile-sotto-il-p/>