

## **Deve essere il bando ad individuare i sub criteri, sub pesi e sub punteggi (TAR Sent. N.02302/2012)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

Tutti gli elementi per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa devono essere noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte

essendo ormai precluso alle Commissioni giudicatrici - dopo la modifica dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06 - di intervenire rimodulando i sub criteri ed i sub punteggi, essendo ormai eliminato ogni margine di discrezionalità in capo ad essa: se la Provincia avesse voluto dare rilievo specifico all'inserimento architettonico - ai fini della commisurazione del contributo governativo - avrebbe dovuto provvedervi espressamente nella redazione del disciplinare di gara, consentendo quindi alle imprese concorrenti di tenerne conto in sede di redazione dell'offerta, non potendosi introdurre tale elemento solo in seguito, quando le offerte erano state già presentate.

Il ricorso deve essere dunque accolto, con conseguente annullamento, in parte qua, del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'annullamento comporta l'obbligo per l'Amministrazione di riaprire la gara, provvedendo alla rivalutazione delle offerte tecniche secondo le indicazioni contenute in motivazione.

La riapertura del procedimento ai fini della rivalutazione dell'offerta tecnica, nei termini indicati in motivazione, risulta pienamente soddisfattiva degli interessi della ricorrente ed integra dunque gli estremi della reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale, il che esclude, ogni ipotesi di risarcimento alternativo

Secondo la giurisprudenza, specialmente quella formatasi dopo la modifica del comma 4 dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06 (introdotta del D. Lgs. n. 152 del 2008), la Commissione di Gara non può integrare il sistema di valutazione delle offerte, poiché non è consentito introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella "lex specialis", dovendo essere rispettati i principi di legalità, buon andamento, imparzialità, "par condicio" e trasparenza, rivenienti dall'art. 97 Cost. (Cons. Stato, Sez. V, 26.5.2010 n. 3359).

La problematica è stata esaminata approfonditamente dal Consiglio di Stato, Sezione Quinta, con sent. n. 7256/2010 del 1/10/2010, che è opportuno richiamare testualmente:

"Sul punto appare decisiva la sentenza 24 Gennaio 2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si ribadisce che "...tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte ... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici".

"..... Insomma, secondo la fisionomia impressa alle pubbliche commesse dalla giurisprudenza comunitaria, la contrattazione pubblica non è un gioco a sorpresa, nel quale vince chi riesce ad indovinare i gusti che la stazione appaltante manifesterà dopo la presentazione dell'offerta. Il rapporto (pur mediato dalle regole della segretezza) deve essere, in altre parole, autentico e trasparente, in modo che le offerte, una volta preventivamente indicato l'ambito degli aspetti che saranno valutati ai fini dell'aggiudicazione, possano essere consapevolmente calibrate sulle effettive esigenze della stazione appaltante.

"La pronuncia della Corte di Giustizia del 24 Gennaio 2008 non costituisce, del resto, un orientamento

giurisprudenziale completamente nuovo, come tale espressivo di principi mai prima d'ora affermati e non conoscibili alle stazioni appaltanti.

"Al contrario, in tema di specificazione ad opera della Commissione di gara dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che "...per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte" (Corte CE, sentenza 24 novembre 2005 in causa C-331/04; sempre in tal senso v. anche Corte CE, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau).

Passaggio tratto dalla sentenza numero 2302 del 7 marzo 2012 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

"Ancora, secondo la Corte di Giustizia "...il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'onere o del bando di gara, purché una tale decisione ... non contenga elementi che se fossero resi noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione" (Corte CE, causa C 331/04 sent. cit.).

"Ciò dimostra che quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 24 Gennaio 2008 altro non è che l'ulteriore riaffermazione di principi già ampiamente affermati nell'ordinamento comunitario (e in quello nazionale) la cui puntuale applicazione doveva essere assicurata anche nel caso di specie e già a partire dal bando di gara e dalla lettera di invito.

"..... Alla medesima conclusione si giunge anche prendendo in esame la giurisprudenza interna più recente.

"Questo Consiglio (v. dec. Sez. IV, del 12 maggio 2008, n. 2189), ha, infatti, affermato che l'art. 83, comma quarto, del Codice degli Appalti "porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo [cioè al bando] di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri".

"Dunque, il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice".

Detto orientamento è stato costantemente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa successiva (cfr., tra le tante, T.A.R. Sicilia Sez. III Catania 29/4/2011 n. 1071 che ha specificatamente richiamato la decisione del Consiglio di Stato sopra citata; T.A.R. L'Aquila 7/4/2011 n. 182; Cons. Stato Sez. III 22/3/2011 n. 1749; T.A.R. Toscana Sez. I 7/12/2010 n. 6717; T.A.R. Lazio, Sez. III Ter, 13/6/11 n. 5234).

<https://www.diritto.it/deve-essere-il-bando-ad-individuare-i-sub-criteri-sub-pesi-e-sub-punteggi-tar-sent-n-023022012/>