

**NEGLI APPALTI DA AGGIUDICARE CON IL CRITERIO
DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA, I CRITERI DI
VALUTAZIONE DEVONO ESSERE DECISI A PRIORI DALLA LEX
SPECIALIS DI GARA, ELIMINANDO QUINDI ALCUNA
DISCREZIONALITA' DELLA COMMISSIONE**

TERZO DECRETO CORRETTIVO

Decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152

Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62

(G.U. n. 251 del 2 ottobre 2008 - in vigore dal 17 ottobre 2008)

Tratto da

CONSIGLIO DI STATO_Sezione Consultiva per gli Atti normativi_Adunanza del 14 luglio 2008_N. della Sezione: 2357/08

(...)

La modifica r) (ORA U) riguarda l'articolo 83, comma 4, laddove sopprime il terzo periodo. La soppressione viene condivisa dalla Sezione, atteso che l'affidare alla Commissione giudicatrice il compito di fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo prestabiliti dal bando, può risolversi - come risulta anche da non pochi arresti giurisprudenziali - nella violazione del principio di trasparenza e di preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici. Tuttavia proprio per realizzare l'intento voluto dalla Commissione a che siano fissati nel bando tutti gli elementi necessari allo svolgimento della gara, la Sezione ritiene che alla fine del primo periodo del comma 4 in questione si aggiunga l'espressione "e i relativi criteri di valutazione".

tratto da

SENATO DELLA REPUBBLICA_ COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI
(8ª) MARTEDÌ 29 LUGLIO 2008 _25ª Seduta (antimeridiana) Presidenza del Presidente GRILLO

Interviene il sottosegretario di Stato per le infrastrutture e per i trasporti Castelli.

La seduta inizia alle ore 12.

IN SEDE CONSULTIVA SU ATTI DEL GOVERNO

Schema di decreto legislativo concernente: "Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (n. 12) (Parere al Ministro per i rapporti con il Parlamento, ai sensi degli articoli 1, commi 3 e 4, e 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62. Seguito e conclusione dell'esame. Parere favorevole con osservazioni)

PARERE APPROVATO DALLA COMMISSIONE SULL'ATTO DEL GOVERNO N. 12

(...)

1.4 Poteri discrezionali delle commissioni di gara L'art. 1 lett. r) dello schema governativo rappresenta una condivisibile soluzione alle considerazioni formulate dalla Corte di Giustizia CE in merito alla predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose, su cui anche il Consiglio di Stato si è espresso positivamente.

Lo schema governativo non tiene invece conto dell'ulteriore indicazione fornita dal Consiglio di Stato, di aggiungere al primo periodo del medesimo comma 4 dell'art. 83 del Codice l'espressione "e i relativi criteri di valutazione".

Si ritiene che tale integrazione suggerita dal Consiglio di Stato debba essere inserita nella norma, per chiarire che il bando non solo debba indicare per ogni elemento di giudizio, i sub criteri e i sub – pesi o sub – punteggi ma altresì le modalità con cui questi saranno assegnati.

Giova evidenziare che l'indicazione dei criteri di valutazione dei sub – criteri ovvero dei sub – pesi o sub – punteggi non priva le Commissioni giudicatrici di autonomia di giudizio, ma si limita ad incanalare l'esercizio di tale discrezionalità verso l'obiettivo perseguito dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Conseguentemente l'art. 1 lett. r) dello schema governativo potrebbe essere così integrato:

art. 1 lett. r: nell'articolo 83, comma 4, terzo periodo "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub – criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabilito del bando" è soppresso e al primo periodo è aggiunto "e i relativi criteri di valutazione".

Scopo

La lettera r) (ORA U) sopprime l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83 in cui viene disposto che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

Tale disposizione è stata censurata dalla Commissione europea in quanto reca problemi di compatibilità con le due direttive comunitarie 2004/17CE e 2004/18/CE. La Commissione ha infatti ritenuto che "le direttive in questione esigono che i criteri di aggiudicazione dell'appalto, nonché la ponderazione relativa di tali criteri ovvero il loro ordine di importanza siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. Conclude la Commissione che "la previsione della possibilità di fissare dei criteri "motivazionali" dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive."

Pertanto tale soppressione va inquadrata nell'ambito dell'intero art. 83, secondo cui la selezione delle offerte si effettua sulla base di criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, consentono di individuare l'offerta che presenti il miglior rapporto qualità/prezzo. La finalità della disciplina nazionale, conformemente alle citate direttive comunitarie, è, infatti, quella di garantire la parità di trattamento dei concorrenti non solo nel momento finale della valutazione delle offerte, ma anche nel momento iniziale della predisposizione delle stesse, in cui verrebbero effettivamente a conoscenza di ogni elemento utile al fine di aggiudicarsi il contratto. In tal modo l'offerta potrebbe essere "calibrata" in base alla conoscenza preventiva dei criteri, pesi, sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi e non più sui "criteri motivazionali" (non predeterminati nel bando in base alla normativa vigente).

La soppressione del citato periodo consentirebbe, per altro verso, anche di evitare il contenzioso incentrato sulla distinzione tra sub-criteri e "criteri motivazionali". A volte, infatti, i non aggiudicatari

eccepiscono che i criteri motivazionali elaborati dalla Commissione sono in realtà sub-criteri, che invece sfuggono ad una determinazione della Commissione, dovendo essere predeterminati nel bando

. Il vigente art. 83 prevede, infatti, l'obbligo per la stazione appaltante di predeterminare nel bando di gara i criteri di valutazione dell'offerta, indicando la relativa ponderazione, od almeno l'ordine di importanza degli stessi nel caso in cui la ponderazione "è impossibile per ragioni dimostrabili"; anche eventuali subcriteri ovvero sub-pesi o sub-punteggi devono essere già previsti nel bando. Alla commissione giudicatrice, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4 (ora soppresso) è invece demandata - prima dell'apertura delle buste che contengono le offerte - "solo" la predisposizione dei criteri motivazionali cui attenersi per attribuire, in riferimento a ciascun criterio e sub-criterio, il punteggio disponibile.

Si ricorda, infine, che la tutela del principio di parità di trattamento fin dal momento della predisposizione delle offerte - e di una limitazione dei poteri della Commissione giudicatrice - era stata già riconosciuta e ribadita dalla Corte di giustizia CE nella sentenza 24 novembre 2005, causa C-331/2004 (pronunciata in relazione alle previgenti direttive 92/50 e 93/38). La pronuncia della Corte europea era stata sollecitata dal Consiglio di Stato[18] che aveva sollevato una serie di questioni concernenti il potere della commissione di gara di integrare i criteri indicati nel bando, posto che l'orientamento della giurisprudenza nazionale era nel senso di consentire l'intervento specificativo ed integrativo dei criteri.

La Corte, nella citata decisione, ha affermato che "tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata. Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, e se possibile la loro importanza relativa, siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte".

La giurisprudenza nazionale si è adeguata assumendo un orientamento particolarmente restrittivo in ordine ai poteri specificatori/integrativi delle prescrizioni del bando da parte della commissione di gara.

Norma

Art. 83. Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

(...)

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

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

(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. _ soppresso)

A cura di Sonia LAzzini