

Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: i confini della discrezionalità tecnica della commissione di gara

(Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 29 novembre 2005 n. 6759)

In materia di appalti pubblici, tra i sistemi di scelta del contraente un notevole rilievo riveste l'«appalto-concorso»: forma speciale di «licitazione privata», da cui mutua la fase dell'invito, da parte della Pubblica Amministrazione, delle imprese partecipanti alla gara; ma da cui differisce in quanto la prestazione richiesta non è predeterminata in ogni suo aspetto — in modo da concedere al privato la sola possibilità di offrire un ribasso o un aumento sul prezzo — ma è rimessa alle singole imprese la presentazione del progetto dell'opera, corredato dalle condizioni e dai prezzi che sono disposte ad applicare.

A ciò aggiungasi un'ulteriore elemento discriminante: nell'appalto-concorso la gara non si basa su offerte facilmente comparabili, eseguendo un semplice confronto di cifre — come avviene nella licitazione privata —, ma implica una valutazione discrezionale e comparativa, sotto gli inscindibili profili tecnici ed economici, dei diversi progetti presentati dai concorrenti.

È chiaro che in un sistema di tal fatta un prezzo più basso non implica, per ciò solo, una maggiore convenienza dell'offerta, potendo la corrispondente soluzione tecnica prospettata essere nel complesso meno soddisfacente.

L'art. 20, comma 4, legge 11 febbraio 1994, n. 109 dispone che «*L'affidamento di appalti mediante appalto-concorso è consentito ai soggetti appaltanti, in seguito a motivata decisione, previo parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (secondo l'originaria formulazione “vincolante”; carattere poi soppresso a seguito della modificazione apportata dall'art. 9, comma 35, legge 18 novembre 1998, n. 415) per i lavori di importo pari o superiore a 25.000.000 di euro, per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, redatto ai sensi dell'art. 16, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto esecutivo ed il prezzo*».

È evidente la riduzione dei casi in cui è ammessa l'adozione del sistema in questione rispetto ai limiti già imposti dalle norme di contabilità dello Stato (cfr. art. 3 D.l. 6 febbraio 1919, n. 107; art. 4 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 40 R.D. 23 maggio 1924, n. 827, mod. dall'art. 1 del R.D. 28 agosto 1924, n. 1396, conv. in legge 27 maggio 1926, n. 1013); casi estesi anche ai lavori di importo superiore alla soglia comunitaria.

In proposito sembra da escludersi un contrasto con le direttive comunitarie in materia, tenuto conto che, nel prevedere quali ordinari sistemi di aggiudicazione le «procedure aperte» e le «procedure negoziate», l'art. 7,

comma 1, della direttiva n. 93/37/Cee non preclude ai legislatori nazionali di disciplinare con carattere di tassatività i casi in cui debba farsi ricorso ad un dato sistema di gara piuttosto che ad un altro.

Il «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», oltre che per le ipotesi di appalto-concorso, è previsto anche per l'affidamento a mezzo licitazione privata delle concessioni di costruzione (e gestione) delle opere pubbliche, prendendo in considerazione gli elementi variabili in relazione all'opera da realizzare, secondo quanto disposto dall'art. 21, comma 2, legge n. 109/1994; nei casi di lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superficie decorate di beni architettonici sottoposte alle disposizioni di tutela di cui al D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, il cui importo stimato sia inferiore a 5.000.000 di DSP; nonché, in alternativa, nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria nei quali, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritenga possibile che la progettazione possa essere migliorata con integrazioni tecniche.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento della fase che si conclude con l'aggiudicazione, riguardo ai casi di gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 91, comma 3, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, *«in una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei relativi punteggi applicando tra i criteri e le formule di cui all'allegato B quelle indicate dal bando. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economicamente più vantaggiosa applicando, tra i criteri di cui all'allegato B, quello indicato nel bando»*.

Invero la Stazione appaltante a suo giudizio discrezionale procede alla scelta dell'impresa aggiudicataria, tenuto conto congiuntamente degli elementi tecnici ed economici delle singole offerte.

Al riguardo giova evidenziare che, secondo la giurisprudenza amministrativa formatasi in riferimento alla previgente normativa che conserva tuttora valore, in sede di appalto-concorso sono inscindibili il profilo tecnico ed il profilo economico delle valutazioni (cfr. Consiglio di Stato, VI, 22 dicembre 1972, n. 760; *idem* Consiglio di Stato, VI, 11 aprile 1956, n. 231), né è consentito assegnare ad uno dei due il ruolo selettivo principale (cfr. Consiglio di Stato, VI, 7 dicembre 1994, n. 1753, in *Rivista Amministrativa* 1995, p. 172).

Ai fini della individuazione dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» devono comunque essere adeguatamente vagliati gli elementi di cui all'art. 21, comma 2, della succitata legge n. 109/1994, *i.e.* il prezzo, il valore tecnico ed estetico delle opere progettate, il tempo di esecuzione dei lavori, il costo di utilizzazione e di manutenzione, nonché gli ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

Il Supremo Consesso (cfr. Consiglio di Stato, IV, 23 gennaio 2002, n. 393, in *Il Consiglio di Stato*, 2002, I, 107) ha chiarito in merito che gli «oneri per la sicurezza» non costituiscono un elemento di confronto e di scelta del contraente, poiché a norma del D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494,

come modificato dal D.Lgs. 19 novembre 1999, n. 528, debbono essere eseguiti puntualmente dall'appaltatore e non integrano, pertanto, propriamente una voce dell'offerta ma vengono rimborsati dal committente senza ribasso e secondo un regime a sé stante anche in occasione dell'erogazione dei pagamenti. Per il T.A.R. Umbria (31 agosto 2000, n. 726, in *Tribunale Amministrativo Regionale*, 2000, I, 3634) in mancanza di una diversa prescrizione contenuta nel bando, gli importi indicati dai concorrenti nelle offerte devono intendersi come comprensivi del costo relativo agli oneri per la sicurezza.

Al fine di una corretta valutazione delle offerte, il capitolato speciale d'appalto o il bando di gara debbono fissare i coefficienti numerici di valenza dei singoli elementi: la determinazione di tali coefficienti è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione ed è effettuata secondo metodologie stabilite dal regolamento di esecuzione della legge, in modo tale da individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa (cfr. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, 218).

La legge quadro impone negli appalti-concorso la nomina, da parte dell'Amministrazione procedente, di una Commissione giudicatrice cui è riconosciuta la facoltà di fissare i criteri di valutazione delle offerte, purché ciò avvenga nel rispetto di quelli stabiliti dal bando e dal capitolato speciale d'appalto: dunque come forma di loro specificazione e subarticolazione.

È ovvio che tale eventuale determinazione deve necessariamente precedere l'apertura delle buste e il conseguente esame delle offerte, quale imprescindibile garanzia di imparzialità del suo operato (cfr. Consiglio di Stato, V, 8 marzo 2005, n. 937; V, 8 luglio 2002, n. 3790; V, 31 ottobre 2001, n. 5691; IV, 8 giugno 2000, n. 3244; VI, 3 settembre 1990, n. 789, in *Foro Amministrativo*, 1990, 251; 15 novembre 1982, n. 566, in *Il Consiglio di Stato*, 1982, I, 1419); sebbene non produca effetti «inquinanti» sulla gara il fatto che anteriormente alla definizione degli ulteriori parametri di giudizio siano state aperte le buste riguardanti la sola documentazione amministrativa, ai fini della determinazione delle imprese da sottoporre a selezione (cfr. TAR Piemonte, II, 16 settembre 2000, n. 989, in *Tribunale Amministrativo Regionale*, 2000, I, 4805).

In particolare, la Commissione può legittimamente introdurre elementi di specificazione, nell'ambito dei criteri generali fissati dal bando o dalla lettera di invito, per la valutazione delle offerte, attraverso la previsione di «sottovoci» rispetto alle categorie già determinate, ove queste ultime non risultino adeguate a rappresentare le peculiarità delle singole offerte (in tal senso, Consiglio di Stato, V, 26 gennaio 2001, n. 264, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, I, 80; 26 giugno 2000, n. 3622, *ibidem*, 2000, I, 1513; 13 aprile 1999, n. 412, *ibidem*, 1999, I, 646).

Successivamente, nel procedere all'esame delle offerte, la Commissione è tenuta a valutare per prime quelle «tecniche», onde evitare che le «offerte economiche» ne influenzino i relativi giudizi (in tal senso costante giurisprudenza; *ex plurimis*, Consiglio di Stato, VI, 17 luglio 2001, n. 3962; V, 22 settembre 1999, n. 1143; V, 23 aprile 1998, n. 123), con l'obbligo di tenere chiuse le buste delle offerte economiche, in modo che sia assicurata la segretezza del loro contenuto (cfr. Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2002, n. 3848; 17 luglio 2001, n. 3962).

In sede di motivazione delle decisioni finali è previsto in capo all'Amministrazione l'obbligo di dar conto delle scelte effettuate, con specifico riferimento ai criteri tecnici ed economici applicati. Peraltro, tale obbligo non sussiste qualora la valutazione sia stata espressa mediante punteggi corrispondenti a parametri precostituiti (cfr. Consiglio di Stato, V, 28 dicembre 2001, n. 6459, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, I, 2755; IV, 22 maggio 2000, n. 2924, *ibidem*, 2000, I, 1300).

La decisione che si commenta afferma un principio di particolare interesse in materia di valutazione delle offerte presentate in una gara per la quale è previsto il metodo dell'«offerta economicamente più vantaggiosa»: l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è ammessa esclusivamente nel caso in cui il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, è talmente analitico da delimitare il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, di modo che sia evidente l'iter logico seguito nella valutazione.

Conseguentemente, si deduce l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara nel caso in cui abbia attribuito punteggi numerici laddove il bando, pur prevedendo dei criteri generali di valutazione, non contenga elementi di giudizio a tal punto specifici da delimitare la discrezionalità della Commissione entro un ambito talmente definito da esimere la stessa dal dover dare atto, sia pure con motivazione sintetica, delle preferenze espresse per le singole offerte. E ciò non solo in aderenza al più generale principio della trasparenza delle decisioni dell'Amministrazione ma anche in osservanza dei principi di legalità e correttezza che impongono l'esternazione ancorché sintetica del percorso motivazionale nella formazione dei giudizi.

Al riguardo giova evidenziare che, in linea generale, la necessità di una motivazione enunciata in termini descrittivi si configura tipicamente per gli atti aventi natura provvedimentale, che esprimono una determinazione di volontà ed implicano scelte discrezionali, il cui esercizio deve emergere con chiarezza dalle risultanze dell'istruttoria, anche al fine di consentirne il successivo sindacato (cfr. Consiglio di Stato, V, 13 febbraio 1998, n. 163).

È altresì noto il principio secondo cui, nelle procedure indette per l'aggiudicazione mediante metodi selettivi non automatici, come nel caso dell'appalto-concorso o delle gare dirette a selezionare l'offerta più vantaggiosa, il bando e la lettera d'invito devono definire i criteri generali di valutazione, potendosi riconoscere alla commissione di gara unicamente l'esercizio della facoltà di introdurre elementi di puntualizzazione dei criteri generali medesimi (in tal senso, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 5521).

La predeterminazione dei parametri di valutazione tecnica risponde all'esigenza di garantire l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni concorsuali, in modo da consentire agli interessati e al Giudice della legittimità il sindacato sulla coerenza logica delle scelte e delle soluzioni adottate, con i criteri fissati nel bando.

Se è vero che la previsione di criteri per l'attribuzione dei singoli punteggi riduce sensibilmente i margini di apprezzamento rimessi all'organo col-

legiale e, con essi, anche l'esigenza di una motivazione particolarmente dettagliata e diffusa, deve comunque ritenersi necessaria l'esternazione quanto meno dei principali elementi ritenuti determinanti per l'aggiudicazione della gara, sui quali si è concentrata la valutazione dei progetti posti a confronto.

Nel caso di specie, nel bando di gara la valutazione delle offerte sotto il profilo «tecnico» era affidata ad una serie di parametri e di fattori ponderali, per un massimo di 70 punti da attribuire in ragione di sottoparametri quali le caratteristiche funzionali (15 p.), le caratteristiche estetiche (15 p.), l'impatto pubblicitario (10 p.), gli eventuali manufatti aggiuntivi (15 p.), il circuito striscioni (10 p.) e il piano di gestione e manutenzione (5 p.). Tali criteri, pur se analitici, non erano connotati da quella specificità interna quantificabile con sottovoci e sottopunteggi tali da delimitare la discrezionalità valutativa. Né alcun rilievo avrebbe potuto riconoscersi, al fine di una diversa conclusione, alla circostanza che la discrezionalità della Commissione fosse limitata quanto all'«offerta economica» da una precisa formula matematica, a fronte della decisa prevalenza dell'«offerta tecnica» valutata in 70 punti su 100: l'ineccepibilità del giudizio sull'offerta economica non sottrae invero all'illegittimità l'operato della Commissione sotto l'aspetto della valutazione dell'offerta tecnica.

In casi di tal fatta deve escludersi che l'obbligo motivazionale possa ritenersi assolto mediante l'indicazione di un punteggio meramente numerico (cfr. Consiglio di Stato, V, 6 ottobre 2003 n. 5899).

Si richiede invece una motivazione che, pur non dovendo necessariamente consistere nella minuziosa descrizione delle attività svolte, né riportare le singole opinioni espresse, deve essere proporzionata e adeguata rispetto all'attività espletata e, quindi, in relazione all'esistenza di ampi poteri discrezionali di valutazione delle offerte tecniche, deve dare conto con economia di mezzi, ma compiutamente, del percorso logico seguito nell'attribuzione dei punteggi, senza limitarsi — come nell'ipotesi in esame — alla sola indicazione di questi ultimi.

Quanto ritenuto in ambito di pubblica gara, è stato affermato *mutatis mutandis* in materia di concorsi ed esami. Il Consiglio di Stato, pur ritenendo sufficiente l'espressione numerica del voto, ha ribadito la necessità che vi sia una rigorosa predisposizione dei criteri di massima per l'attribuzione dei punteggi e per la valutazione dei titoli, e che la valutazione espressa abbia fondamento in un giudizio numerico basato su regole tecniche riflettenti tali criteri (cfr. Consiglio di Stato, V, 6 giugno 2002, n. 3184; IV, 15 maggio 2002, n. 2601).

Inoltre, nel caso che ci occupa, è stata acclarata l'illegittimità del «verbale integrativo» della Commissione giudicatrice che, a seguito di riconvocazione, ha fornito il resoconto delle operazioni di gara. È stata infatti esclusa la possibilità di attribuire postuma rilevanza a «minute» non utilizzate nella originaria stesura del verbale — violando siffatto *modus procedendi* il canone normativo fissato dall'art. 71 R.D. n. 827/24, che esige il rispetto del principio della continuità e concentrazione delle operazioni di gara — e si è stabilito che al rinnovo delle operazioni valutative possa procedere soltanto una nuova Commissione in composizione diversa dalla originaria, la cui serenità di giudizio è difficile ad ammettersi.

L'omessa indicazione degli elementi valutativi che hanno determinato il formarsi della volontà collegiale non costituisce infatti una mera «irregolarità» formale suscettibile di successiva sanatoria, ma un vizio sostanziale di legittimità che riguarda propriamente un elemento costitutivo della verbalizzazione, con riflessi invalidanti sulla successiva determinazione amministrativa.

Una operazione di «integrazione» dell'originario verbale sembra oltretutto idonea ad inficiare in radice l'attendibilità di documenti cui l'ordinamento attribuisce valore di fede privilegiata. Infatti, qualora la redazione del verbale non avvenga contestualmente allo svolgimento delle singole operazioni compiute dalla Commissione o quantomeno non intervenga in un momento immediatamente successivo, tale da escludere l'insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione dell'iter valutativo, viene con ciò meno la stessa idoneità del verbale ad assolvere la funzione sua propria di garanzia della formazione di uno strumento documentale che consenta la verifica della regolarità delle operazioni compiute, delle scelte valutative e di ogni altro giudizio espresso (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 5521).

Ma, anche a prescindere da tali considerazioni e a voler ritenere non necessaria alcuna contestualità tra la seduta della Commissione e la formazione del relativo verbale, deve comunque ritenersi che la redazione di quanto ha formato oggetto di inserimento nel documento divenga definitiva con l'approvazione del verbale; il che esclude la possibilità di attribuire postuma rilevanza a «minute» non utilizzate nell'originaria stesura del medesimo.

Da quanto precede emerge anche la fondatezza sostanziale di una eventuale domanda di risarcimento del danno, derivante con evidenza dal comportamento della Commissione giudicatrice, contrario ai doveri di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. La pretesa risarcitoria, peraltro, in tali casi è configurabile solo come «perdita di *chance*», vale a dire come privazione della probabilità di aggiudicazione dell'appalto.

Si noti che in tali fattispecie il G.A. può rimettere alla stessa Amministrazione, in applicazione dell'art. 35, secondo comma, del D.Lgs. n. 80/1998, come introdotto dall'art. 7, secondo comma, della legge n. 205/2000, la quantificazione della somma di denaro ritenuta congrua a ristorare il danno subito: la P.A. procederà, quindi, giusta la norma appena citata, a proporre tale somma all'impresa ricorrente che, in caso di dissenso sull'entità della somma offerta, potrà eventualmente azionare il ricorso ex art. 27, primo comma, n. 4, del testo unico n. 1054/1924, per chiedere la determinazione giudiziale della predetta somma (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, V, 8 marzo 2005, n. 937).

D'altra parte, il giudizio conclusivo della Commissione, essendo di per sé privo di rilevanza esterna, non è autonomamente impugnabile in sede giurisdizionale (cfr. Consiglio di Stato, IV, 19 agosto 1994, n. 651, in *Foro Amministrativo*, 1994, 1721), né la Commissione è parte necessaria nel relativo giudizio (in tal senso Consiglio di Stato, V, 14 aprile 1997, n. 1479).

Non è, inoltre, consentito al Giudice amministrativo sindacare le modalità di esercizio del potere tecnico-discrezionale della Commissione, salvo che questa esorbiti dalle regole della logicità, coerenza, adeguatezza e conformità alle regole tecniche.

Illuminante al riguardo è la pronuncia del Consiglio di Stato (sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004) che, in merito alla «discrezionalità tecnica» che compete alla Stazione appaltante, e segnatamente alla sua articolazione operativa data dalla Commissione giudicatrice, in sede di valutazione comparativa delle offerte, ha statuito che detto giudizio, 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 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.

Non ci si può esimere dal rilevare che il potenziamento dei mezzi istruttori utilizzabili dal Giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle valutazioni di stampo tecnico-specialistico, sancito dall'innesto della consulenza tecnica ai sensi dell'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 205, consente certo il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'Amministrazione, ma non la sostituzione del Giudice amministrativo, per il tramite del consulente tecnico, ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'Amministrazione.

Per completezza occorre evidenziare che una ripetizione «virtuale» della gara ai soli fini risarcitori è stata ammessa, con l'ausilio della consulenza tecnica, dal T.A.R. Lombardia, III, 11 dicembre 2000, n. 7702.

Con espressione sintetica si può allora dire che il controllo del G.A. sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo, pur se divenuto «intrinseco» — ossia tale da consentire di accertare direttamente i fatti e di controllare la ragionevolezza delle relative analisi, se necessario con le regole specialistiche già utilizzate dalla P.A. e l'ausilio della consulenza — è rimasto un controllo «debole», nel rammentato senso dell'inammissibilità di una logica sostitutiva (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199).

Dott.ssa Carmela Pluchino ()*

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 29 novembre 2005 n. 6759 – Pres. Santoro – Est. Lamberti – I. s.p.a. (Avv.ti Pafundi e Salerno) c. A. s.p.a. (Avv.ti Andena e Villani) e P. s.r.l. (n.c.) – (conferma T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, 11 ottobre 2004 n. 5521).

1. In sede di valutazione delle offerte presentate in una gara per la quale è previsto il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica da parte della commissione di gara è consentita solo quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitico da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico. E ciò non solo in aderenza al più generale principio della trasparenza delle decisioni dell'amministrazione, ma anche in osservanza di principi di legalità e correttezza che impongono l'esternazione ancorché sintetica dell'iter logico seguito nella formazione dei giudizi.

(*) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale di Milano.

2. È illegittimo l'operato di una commissione di gara per l'affidamento di un appalto mediante il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui, in sede di valutazione delle offerte, abbia attribuito punteggi in forma soltanto numerica, nel caso in cui il bando, pur prevedendo dei criteri generali di valutazione delle offerte, non contenga elementi di giudizio talmente specifici da delimitare la discrezionalità della commissione entro un ambito talmente definito da evitare di dover dare atto, sia pure con una motivazione sintetica, delle preferenze espresse per le singole offerte circa la maggiore o minore rispondenza dell'una o dell'altra agli elementi di prevalenza stabiliti dalla stessa amministrazione, onde conseguire il risultato a lei più vantaggioso fra le soluzioni prospettate dai concorrenti.

3. L'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta l'inefficacia successiva del contratto d'appalto medio tempore stipulato, da intendere come inidoneità funzionale del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti successivamente alla pronuncia di annullamento.

«(Omissis) Fatto

1. - La società I. s.p.a era titolare di una convenzione stipulata nel 1992 per la posa di materiale pubblicitario sulle pensiline di attesa viaggiatori e sulle paline di fermata del servizio di trasporto pubblico, stipulata nel 1992 e prorogata sino al 2003.

Si è poi aggiudicata la gara indetta dal Comune di C., con determinazione dirigenziale n. 2744 del 27 ottobre 2003, per la progettazione, la fornitura, la gestione e la manutenzione di manufatti di arredo urbano, a fronte della concessione per sette anni dello sfruttamento degli spazi appositamente predisposti nell'ambito dei medesimi manufatti, per la diffusione di messaggi pubblicitari.

La seconda classificata, A. s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione della gara al T.A.R. Lombardia, deducendo nell'atto introduttivo le seguenti censure: (1° motivo) incompetenza del dirigente ad indire la gara, trattandosi di attribuzione propria del consiglio comunale; (2° motivo) difetto di motivazione e di verbalizzazione dei giudizi formulati dalla commissione con la sola attribuzione di punteggi numerici, di per sé inidonei a dare conto dell'iter logico seguito, tenuto conto anche della genericità dei parametri di valutazione previsti dal bando; (3° motivo) illogicità e irragionevolezza dei punteggi assegnati dalla commissione in rapporto ai singoli criteri di aggiudicazione. Innanzi al T.A.R. della Lombardia si sono costituiti in giudizio il Comune di C. con controricorso e memoria ed I. s.p.a. che eccepiva l'inammissibilità del primo motivo e l'infondatezza nel merito degli altri.

2. - Dopo l'accoglimento della domanda cautelare, con ordinanza 4 marzo 2004, n. 628, per difetto di motivazione delle valutazioni della commissione giudicatrice sulla qualità dei progetti tecnici a confronto, il Comune di C. ha disposto, con determinazione 9 aprile 2004 n. 13, la riconvocazione della commissione "al fine di esplicitare l'iter logico e le valutazioni che hanno portato all'attribuzione dei punteggi". Nella seduta del 15 aprile 2004, la commissione giudicatrice procedeva — sulla scorta delle "minute ... contenenti i giudizi con cui ... ha formato la propria valutazione" — a "ricostruire le operazioni della giornata dell'11 dicembre, integrando ed esplicitando meglio le motivazioni che hanno portato all'attribuzione del punteggio numerico". Il verbale integrativo è stato approvato con determinazione 15 aprile 2004, n. 14, impugnato dalla società A. con motivi aggiunti per: (1° motivo) violazione dell'art. 7 legge n. 241/1990 e dei connessi obblighi partecipativi, in quanto la comunicazione di avvio è intervenuta a procedimento già concluso; (2° motivo) violazione delle regole in materia di verbalizzazione, di concentrazione e di trasparenza delle operazioni di gara, perché l'integrazione era stata effettuata cinque mesi dopo la conclusione della gara e con motivazioni non contenute nel verbale originario, ma con verbalizzazioni postume asseritamente riepilogative di fantomatiche minute, mai evocate in precedenza e redatte senza alcuna garanzia circa l'epoca di formazione e il loro contenuto; (3° motivo) illogicità e irragionevolezza delle valutazioni effettuate dalla commissione di gara, quali risultanti dalle motivazioni portate successivamente a sostegno dei punteggi attribuiti per le singole voci. Ai motivi aggiunti ha replicato con memoria il Comune di C. deducendone l'infondatezza. Nella memoria conclusoria, la società I. ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, l'inammissibilità del primo motivo e l'irricevibilità del primo e del secondo, oltre all'infondatezza dei predetti motivi e di quelli ulteriori.

3. - Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. della Lombardia respingeva l'eccezione di difetto di giurisdizione e quelle d'inammissibilità e d'irricevibilità delle censure del ricorso introduttivo, che accoglieva nel merito per il secondo motivo dell'atto introduttivo e dei

motivi aggiunti, ritenuti, per un verso il difetto di motivazione dell'attribuzione dei punteggi con i soli coefficienti numerici, in presenza di criteri non puntuali di assegnazione dei punteggi per l'offerta tecnica e, per altro verso l'illegittimità dell'integrazione postuma del verbale, non suscettibile di convalida in pendenza di giudizio. La sentenza è appellata da I. s.p.a. Nel giudizio si è costituita A., chiedendo il rigetto dell'appello. Nel corso dell'odierna Camera di consiglio, la causa è stata ritenuta matura per la decisione.

Diritto

1. - In accoglimento del ricorso proposto dalla società A., il T.A.R. della Lombardia ha annullato la determinazione del Comune di C. in data 18 dicembre 2003, n. 35 con la quale è stata aggiudicata alla I. s.p.a l'asta pubblica di fornitura e manutenzione di arredo urbano per sette anni a fronte dello sfruttamento degli spazi predisposti nell'ambito dei medesimi manufatti per la diffusione di messaggi pubblicitari.

La sentenza ha inoltre annullato i precedenti atti del procedimento, in particolare le operazioni della commissione giudicatrice, con le quali sono state esaminate e valutate le offerte tecniche ed attribuiti i punteggi ed approvato il verbale integrativo di resoconto delle operazioni di gara, a seguito dell'ordinanza 4 marzo 2004, n. 628 di accoglimento della domanda cautelare ed ha, per l'effetto, dichiarato l'inefficacia del contratto di appalto n. 17974, stipulato il 14 gennaio 2004 fra il Comune e la società I. Ad avviso del Collegio, la sentenza va confermata.

2. - Dei motivi di appello precede, in ordine logico, l'esame del secondo, ove si afferma che erroneamente la sentenza impugnata avrebbe ritenuto indeterminati e "di massima" i criteri determinati dal Comune di C. per selezionare le offerte, dato il loro carattere analitico e rigoroso sia per quanto attiene alla valutazione dell'aspetto tecnico sia per quanto riguarda il giudizio sull'economicità. Sarebbero per ciò solo sufficienti le valutazioni espresse con il solo coefficiente numerico, di per sé idonee ad esternare il giudizio della commissione. La censura non può trovare ingresso.

2.1. - Nell'art. 4 del bando di gara (allegato "C" alla determinazione 27 ottobre 2003 n. 2744), la valutazione delle offerte sotto il profilo tecnico era affidata ad una serie di parametri e di fattori ponderali, per un massimo di 70 punti da attribuire in ragione di sottoparametri quali le caratteristiche funzionali (15 p.), le caratteristiche estetiche (15 p.), l'impatto pubblicitario (10 p.), gli eventuali manufatti aggiuntivi (15 p.), il circuito striscioni (10 p.) e il piano di gestione e manutenzione (5 p.).

Per le prime quattro voci, tali enunciazioni erano poi integrate, una per una, da una serie di elementi su cui la Commissione avrebbe dovuto fondare il suo giudizio, quali gli elementi che avrebbero reso i manufatti proposti atti a durare nel tempo e ad avere un'ottima fruibilità per la popolazione (per le caratteristiche funzionali), l'innovazione e l'originalità che permettano il miglior risultato estetico ottenibile (per le caratteristiche estetiche), la minore quantità di pubblicità o comunque il più armonico inserimento della pubblicità nel manufatto (per la riduzione dell'impatto determinato dallo spazio pubblicitario), l'effettività delle migliorie, tenuto conto del pubblico interesse e tenuto altresì conto di valutazioni di opportunità e di impatto ambientale.

I criteri stabiliti dal bando sia pure analitici, specie per le prime quattro voci, non contenevano elementi di giudizio talmente specifici da delimitare la discrezionalità della commissione entro un ambito talmente definito da evitare di dover dare atto, sia pure con una motivazione sintetica, delle preferenze espresse per i singoli progetti circa la maggiore o minore rispondenza dell'uno o dell'altro agli elementi di prevalenza stabiliti dalla stessa amministrazione, onde conseguire il risultato a lei più vantaggioso fra le soluzioni prospettate dai concorrenti. E ciò non solo in aderenza al più generale principio della trasparenza delle decisioni dell'amministrazione ma anche in osservanza di principi di legalità e correttezza che impongono l'esternazione ancorché sintetica dell'iter logico seguito nella formazione dei giudizi. Proposizioni queste esaustivamente esposte nella decisione impugnata, che a maggior ragione, valgono per le ultime due voci cui era affidata la valutazione delle offerte sotto l'aspetto tecnico, del tutto prive di spiegazioni circa le modalità cui assegnare i rispettivi punteggi, nella rispettiva misura massima di 5 e 10 punti e tali pertanto da determinare l'assegnazione dell'appalto nel caso di equivalenza delle offerte per i precedenti aspetti. La censura non si sottrae, conclusivamente, all'infondatezza e non solleva la commissione dall'onere di motivare sia pure in sintesi le sue valutazioni. Nessun rilievo ha, al fine di una diversa conclusione che la discrezionalità della commissione fosse limitata quanto all'offerta

economica da una precisa formula matematica, a fronte della decisa prevalenza dell'offerta tecnica valutata, si ricorda, in 70 punti su 100. Che con l'applicazione della formula il giudizio della Commissione sull'offerta economica si sia rivelato ineccepibile non sottrae all'illegittimità il suo operato sotto l'aspetto della valutazione dell'offerta tecnica.

2.2. - Nella giurisprudenza di questo Consiglio il deficit motivazionale che inficerebbe l'assegnazione dei punteggi in forma soltanto numerica è stato del resto escluso quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitica da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico. Solo in questo caso l'analitica determinazione dei punteggi in relazione alle singole voci e sottovoci fra le quali è stata distinta l'analisi dei progetti tecnici consente, nonostante la mancanza di una motivazione discorsiva, la puntuale ricostruzione dell'iter logico percorso dalla commissione nella valutazione dei singoli aspetti dei progetti e, quindi, permette la percezione delle ragioni poste a fondamento dell'assegnazione dei punteggi complessivi sulla scorta dei quali è stata formulata la graduatoria (Cons. Stato, VI, 4 novembre 2002, n. 6004). Tale stringente analiticità non è ravvisabile nei parametri e fattori ponderali ai quali era affidata la valutazione delle offerte tecniche nel bando di gara, perché limitati all'attribuzione un minimo e massimo di punti una serie di categorie, senza alcuna specificità interna quantificabile a sua volta con sottovoci e sottopunteggi tali da esplicitare in maniera analitica l'operato della Commissione di gara e rendere ostensibile agli interessati il percorso motivazionale seguito indipendentemente dal mezzo adoperato (numeri o motivazioni sintetiche).

3. - È 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 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 precostituita 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.

4. - Deve essere conclusivamente confermato l'annullamento della determinazione del Comune di C. 18 dicembre 2003, n. 35 dall'aggiudicazione della gara alla I. s.p.a e delle operazioni di gara.

5. - Va dichiarato inammissibile il quarto motivo di appello appuntato nei confronti della decisione nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il verbale integrativo della commissione giudicatrice (approvato con provvedimento 15 aprile 2004, n. 1025) che, a seguito di riconvocazione, ha fornito il resoconto delle operazioni di gara.

La sentenza impugnata ha escluso la possibilità di attribuire postuma rilevanza a minuziosità non utilizzate nell'originaria stesura del verbale ed ha affermato la necessità che al rinnovo delle operazioni valutative proceda una nuova commissione in composizione diversa da quella originariamente costituita, ritenuta oggettivamente compromessa la serenità di giudizio della commissione di gara. La censura d'appello nulla contesta al proposito ma si limita a chiarire i principi e criteri della convalida degli atti amministrativi dai quali emergerebbe la possibilità di estendere la convalida oltre il vizio d'incompetenza e sino al difetto di motivazione ed afferma la piena legittimità dell'operato della commissione che si sarebbe adeguata al contenuto dell'ordinanza cautelare, ricostruendo minutamente l'esito delle pro-

prie operazioni. La censura, come formulata, non coglie il punto dell'annullamento giudiziale incentrato sul vizio dell'operato della Commissione neo-convocata e sulla sua incompatibilità intrinseca a riesaminare il proprio operato. Va, perciò, dichiarata inammissibile.

6. - L'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'esame del primo motivo di appello avverso il capo della decisione che in base alla precedente sentenza della Quinta Sezione 28 maggio 2004 n. 3465, ha attribuito all'annullamento efficacia caducante del contratto stipulato, in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato. Ad avviso dell'appellante, l'accoglimento del ricorso non può tradursi sotto alcun profilo nella concorrente declaratoria d'illegittimità o di nullità del rapporto contrattuale stipulato tra il Comune di C. e l'I. in quanto i vizi della procedura possono rappresentare solo la premessa per l'accertamento del diritto di A. al risarcimento del danno. Anche questo motivo va disatteso.

Con il citato precedente, la Sezione ha stabilito che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione importa l'inefficacia successiva del contratto d'appalto ove *medio tempore* stipulato, da intendere come inidoneità funzionale del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti successivamente alla pronuncia di annullamento. La Sezione non ignora l'incertezza delle questioni sottese alla censura, che involge le relazioni fra il comportamento dell'amministrazione nella fase vincolata all'evidenza pubblica e nella fase governata dall'autonomia privata. Dalla medesima incertezza e dal vario operare delle soluzioni sostenibili era scaturita l'ordinanza della Quarta Sezione n. 3355 del 21 maggio 2004 che aveva deferito la questione all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, ove all'udienza dell'8 novembre 2004 è stato dato atto della rinuncia all'appello. Allo stato, la Sezione non ritiene di doversi discostare dal proprio precedente che individua nell'annullamento della procedura amministrativa di gara ad opera del giudice una causa di inefficacia successiva del contratto d'appalto stipulato in pendenza di giudizio. La censura va perciò disattesa e con essa l'appello nel suo insieme.

Deve, per l'effetto, essere confermata la sentenza impugnata. Le spese del grado di giudizio vanno compensate per giusti motivi.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello. Conferma la sentenza di primo grado. Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa».