# Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'appalto di servizi. Illegittima la *lex specialis* che non abbia indicato subcriteri? (Nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sezione III quater, sentenza n. 82 del 9 gennaio 2009).

DI ALESSANDRO MANNOCCHI

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. Le questioni preliminari (ordine di esame dei ricorsi, tardività dell'impugnazione). 3. I criteri di valutazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1. *Il fatto.*

La Fondazione X, che si occupa dell'organizzazione di eventi musicali, aveva indetto una gara per l'aggiudicazione del servizio di biglietteria per il triennio 2008/2011.

Il contraente sarebbe stato scelto con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex articolo 83 D.Lgs. 13 aprile 2006, n. 163, nel testo previgente alle modifiche poi introdotte dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152[1].

Alla procedura partecipavano tre concorrenti, di cui uno non veniva ammesso alla valutazione dell'offerta tecnica per avere presentato in modo incompleto la dichiarazione relativa ai requisiti di cui all'articolo 38 D.Lgs. n. 163/2006.

All'esito della gara, l'appalto veniva aggiudicato alla Xxx S.p.A., che aveva totalizzato un punteggio complessivo di 99/100.

La Yyy S.p.A., giunta seconda con 77/100 punti, impugnava l'intera procedura dinanzi al T.A.R. Lazio, presentando ricorso ed in seguito atto di motivi aggiunti, con i quali venivano dedotte nove distinte censure.

E' importante precisare che con il primo ed il quarto motivo – poi accolti dal G.A. – la ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 163/2006, poiché la *lex specialis* di gara, ed in particolare il disciplinare, non fissavano con la necessaria precisione i criteri di valutazione dell'offerta.

Secondo la ricostruzione della Yyy S.p.A., il disciplinare di gara aveva previsto dei subcriteri, ma aveva omesso di indicare i relativi subpunteggi, con conseguente invalidità della procedura.

---

[1] Il testo dell'articolo 83, 4° comma, prima dell'entrate in vigore del terzo correttivo, recitava: "*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. 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 prestabiliti dal bando*". L'ultimo periodo del comma è stato abrogato dal terzo correttivo.

Si costituiva in giudizio la Fondazione X, deducendo che quelli che la ricorrente aveva individuato erroneamente come subcriteri erano in verità specifiche descrittive e che, in effetti, la Commissione di gara aveva valutato le offerte secondo i parametri indicati dalla *lex specialis*, senza avvalersi di ulteriori subpunteggi.
Sotto altro profilo, l'Amministrazione resistente lamentava la tardività del ricorso ed affermava che la Yyy S.p.A. avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il bando, ove a causa dal medesimo non le fosse stato permesso di formulare un'offerta competitiva.
La controinteressata Xxx S.p.A., per contro, proponeva ricorso incidentale, evidenziando che la Yyy S.p.A. non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, in quanto anch'essa aveva errato nel produrre la dichiarazione attestante i requisiti del citato articolo 38.
Il T.A.R. disponeva la sospensione cautelare dell'aggiudicazione con decreto *inaudita altera parte,* poi confermato con ordinanza n. 3452 del 9 luglio 2008.
In seguito, con la sentenza in commento, è stato accolto in parte il ricorso della Yyy S.p.A.
Il Collegio, innanzitutto, ha rilevato la sussistenza dell'interesse della ricorrente ad ottenere la rinnovazione della gara, con ciò rendendosi inammissibile il ricorso incidentale di Xxx S.p.A.
Sull'eccezione di tardività, il giudice amministrativo ha osservato che, poiché l'illegittimità della legge di gara censurata dalla ricorrente formulata non impediva *a priori* la partecipazione alla gara, deve ritenersi tempestivamente impugnato il bando unitamente con il provvedimento di aggiudicazione.
Sul merito stretto del gravame, il T.A.R. ha appuntato la propria attenzione sul tenore letterale della previsione di cui al punto 3.B. del disciplinare che, in riferimento alle caratteristiche e funzionalità del servizio, stabiliva che "*sarà valutato tale profilo utilizzando come sub criteri gli elementi costitutivi del servizio che dovranno essere singolarmente individuati dal concorrente, così come indicativamente riportati al precedente punto 2 del bando. Punteggio massimo 30 punti*".
L'utilizzo del termine "*sub criteri*" starebbe a significare che gli elementi indicati nel punto 2 del disciplinare erano veri e propri elementi di valutazione, tali da imporre l'indicazione di sub punteggi.
La sentenza merita commento non tanto per le questioni preliminari, in merito alle quali il T.A.R. ha fatto applicazione di principi consolidati, quanto perché il collegio amministrativo è tornato sulla questione dei criteri di valutazione dell'offerta e dell'interpretazione dell'articolo 83 del D.Lgs. n.163/2006, problema che ancora oggi è al centro di un acceso dibattito fra gli operatori del settore.
Un esame sommario della pronuncia porterebbe a concludere che, anche su quest'ultimo argomento, il T.A.R. Lazio non abbia affermato nulla di particolarmente nuovo. In verità, come si vedrà, tale affermazione non è del tutto fondata.

2. *Le questioni preliminari (ordine di esame dei ricorsi, tardività dell'impugnazione).*

2.1. La ricostruzione effettuata dal T.A.R. Lazio dell'orientamento giurisprudenziale circa l'ordine di esame dei ricorsi è impeccabile, e vale senz'altro la pena di ripercorrerla integralmente, apprezzandone la sintesi e la lucidità delle argomentazioni.
Il T.A.R. rileva che l'ordinamento processuale amministrativo non detta alcuna disposizione[2], né pone criteri generali circa l'ordine di esame dei ricorsi principali e di quelli incidentali congiuntamente trattati, con la conseguenza che la relativa scelta è lasciata al prudente apprezzamento discrezionale del Giudice adito, censurabile unicamente sotto il profilo dell'irragionevolezza[3].
Il principio generale in tema di valutazione delle impugnazioni incidentali è che quest'ultima può aver luogo solo dopo lo scrutinio di fondatezza del ricorso principale, perché è solo questa e non la mera proposizione del ricorso stesso a far sorgere l'interesse della parte all'esame della censura incidentale[4].
L'esame del ricorso incidentale deve invece precedere l'esame del ricorso principale nel caso che formi oggetto di censura la stessa ammissione della ricorrente principale alla gara[5]. Infatti, se in quest'ordine il gravame incidentale è accolto, quello principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo all'impresa originaria ricorrente[6].
Nel caso venga proposto in giudizio ricorso incidentale che, se accolto, determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale, di regola esso deve, quindi, essere esaminato per primo, salvo nei casi in cui, comunque, residui al ricorrente principale un interesse, sia pure strumentale, a veder accolto il proprio gravame anche nell'ipotesi di fondatezza di quello incidentale.
In quest'ultima ipotesi, infatti, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente principale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente incidentale, in quanto incidano sull'esistenza dell'interesse a ricorrere di

[2] La mancanza di un codice di procedura è una lacuna particolarmente sentita dagli avvocati che si occupano di diritto amministrativo e dai magistrati T.A.R. Lo scorso 23 febbraio il Presidente De Lise, effettuando la prolusione del corso sul processo amministrativo presso l'Istituto di Studi Giuridici Carlo Jemolo in Roma, ha avuto modo di sottolineare il problema.
[3] Consiglio di Stato, sez. IV, 2 maggio 2007, n. 1920; Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1877; Consiglio di Stato, sez. V, 12 agosto 2004, n. 5546.
[4] Consiglio di Stato, sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407.
[5] Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3391; Consiglio di Stato, sez. V, 28 novembre 2005, n. 6643.
[6] Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265; Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 23 aprile 2008, n. 3415.

questo, perché - pur profilandosi come questioni di merito - producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito[7].
Quando, come nel caso che esaminato dal T.A.R., sono soltanto due i concorrenti ammessi al procedimento di scelta del contraente, l'eventuale esclusione di uno di essi, determinata dall'accoglimento di uno dei contrapposti gravami, non fa venir meno l'interesse dell'altro all'esame del primo motivo del ricorso proposto, che, se accolto, determinerebbe la rinnovazione dell'intera procedura, con un'ulteriore *chance* di aggiudicazione, dal momento che si potrebbero rimuovere, nella nuova offerta, le illegittimità riscontrate in quella originaria[8].
In ragione di tali argomentazioni, il T.A.R., avendo accolto il primo motivo di ricorso della Yyy S.p.A., ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale di Xxx S.p.A.

2.2. Sulla tardività del ricorso, il giudice di prime cure ha richiamato il ben noto principio per il quale l'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le sole clausole che concernono i requisiti soggettivi di partecipazione degli interessati alla procedura.
Anche su questa problematica era intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[9], stabilendo la regola generale secondo la quale la *lex specialis* di gara, normalmente impugnabile con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale[10], deve tuttavia considerarsi immediatamente impugnabile allorché

[7] Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2356; Cons. Stato, n. 1877/2006 cit. in nota 3;
[8] Consiglio Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 febbraio 2007, n. 463; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21 febbraio 2007, n. 1527; T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, 31 luglio 2006, n. 514; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12491. L'interesse c.d. strumentale, tuttavia, non si estende fino alla fase di prequalificazione. E' stato, infatti, osservato in giurisprudenza che Il difetto di legittimazione alla partecipazione alla procedura in sede di prequalificazione rivela un radicale difetto di legittimazione e di interesse a contestare la legittimità di uno stadio successivo della procedura al quale la concorrente non avrebbe dovuto partecipare; ed infatti, un soggetto non suscettibile di qualificazione va equiparato ad un mero *quisque de populo*, come tale non portatore di una posizione differenziata che lo legittimi, anche in una prospettiva meramente strumentale finalizzata alla riedizione integrale della procedura, alla contestazione degli esiti della gara alla quale non avrebbe dovuto essere ammesso (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2310).
[9] Consiglio di Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n.1
[10] La *ratio* della regola generale è scolpita in Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1072, dove è stato rilevato che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato; a fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare: pertanto, non sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando con riferimento alle clausole vincolanti per l'amministrazione o per i concorrenti, posto che la natura e la struttura della clausola non escludono che la lesione dell'interesse predetto si determini solo con la mancata aggiudicazione o, comunque, con l'arresto procedimentale.

contenga clausole che impediscono l'ammissione dell'interessato alla selezione. In tale ipotesi, infatti, dette clausole, precludendo esse stesse la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appaiono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale nella situazione soggettiva dell'interessato ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all'impugnazione, dal momento che questo sorge al momento della lesione.

Prendendo le mosse da questa decisione, la giurisprudenza è stata poi concorde nell'affermare che l'onere di tempestiva impugnazione può configurarsi solo con riferimento alle clausole che indicano i requisiti c.d. soggettivi di partecipazione, poiché ostano alla partecipazione alla gara[11].

Questo sembra impedire *tout court* la possibilità che si possa richiedere l'impugnazione immediata di clausole che riguardino le modalità di valutazione delle offerte[12], come nel caso di specie.

Non devono, però, essere trascurati alcuni precedenti nei quali il supremo collegio amministrativo si è attestato su posizioni difformi.

In epoca più risalente, era stato affermato che sussiste altresì l'onere di impugnare immediatamente il bando di gara nel caso di clausole asseritamente irragionevoli, tali da non consentire la formulazione dell'offerta, dal momento che le prescrizioni ivi previste rendono effettivamente impossibile quel calcolo di convenienza tecnica ed economica che ogni impresa deve essere in condizione di potere effettuare all'atto in cui valuta se partecipare o non ad una gara pubblica; in detta categoria rientrano tutte le prescrizioni che, producendo effetti distorsivi della concorrenza, incidono sulla sfera giuridica del soggetto economico che partecipa alla gara in un momento precedente quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa; sussiste infine un onere di immediata impugnativa nel caso di clausole del bando relative ai criteri per la scelta del contraente ed al *modus operandi* fissato per il funzionamento della commissione aggiudicatrice; in tali casi, la lesione della posizione di interesse dell'impresa è immediata, afferendo alla stessa condizione di partecipazione alla gara, ed alla libertà di scelta in ordine alle determinazioni

[11] Consiglio di Stato, sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7295; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2006, n. 2023; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7620; T.A.R. Liguria, sez. I, 7 novembre 2006, n. 1468; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 3 novembre 2006, n. 2872. Va segnalato che non sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando che definiscono gli oneri formali di partecipazione alla procedura - tra cui le modalità di presentazione delle domande di partecipazione - atteso che dette clausole non sono assimilabili a quelle che, definendo requisiti soggettivi di partecipazione, sono invece tradizionalmente considerate immediatamente impugnabili (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3424). E' stato anche affermato che non è necessaria l'impugnazione immediata delle clausole dei bandi di gara che, pur dovendo considerarsi immediatamente lesive per il loro effetto inibente della partecipazione di determinate imprese, non risultano a tal fine univocamente chiare e vincolanti, sì da consentire interpretazioni diverse obiettivamente non temerarie (T.A.R. Lazio, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630).

[12] Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; C. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1790; Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, sez. III, 5 giugno 2006, n. 862.

negoziali assunte dal soggetto economico nell'ambito del procedimento di individuazione del contraente privato[13].
Riprendendo questa argomentazione, più di recente il Consiglio di Stato ha stabilito che, ove il ricorrente censuri i criteri di valutazione nel loro complesso, sussiste l'onere di immediata impugnazione[14].
Questo orientamento, pur minoritario, va tenuto in considerazione, perché sembra maggiormente armonizzarsi con l'esigenza di buon andamento dell'azione amministrativa, ispirata a principi di mera logica: non pare molto convincente la scelta di consentire al concorrente di partecipare ad una gara con un bando che stabilisce criteri irragionevoli, dandogli la possibilità di attendere l'esito della procedura per proporre impugnazione, lamentando che tale irragionevolezza gli avrebbe impedito di formulare una buona offerta.
Certamente, nulla preclude agli aspiranti concorrenti la facoltà di impugnare subito il bando, senza attendere l'esito della gara. Ma, nella prassi, come è facilmente intuibile, il partecipante preferisce aspettare ed eventualmente denunciare l'illegittimità del bando quando si è ormai reso conto di non essere risultato aggiudicatario.
In altre parole, seguendo la tesi di maggioranza, l'Amministrazione è sempre esposta al rischio di sprecare inutilmente tempo e risorse, potendo la gara essere annullata da qualsiasi partecipante che denunci solo al termine della procedura l'indeterminatezza dei criteri di aggiudicazione, nonostante questa fosse percepibile sin dall'inizio.

## 3. *I criteri di valutazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

Il problema dei criteri di valutazione coinvolge due esigenze diverse, ma ugualmente importanti e sentite.
Da un lato, vi è necessità che i concorrenti siano messi in condizione di conoscere prima possibile – dunque sin dal bando di gara - i parametri in base ai quali le loro offerte saranno valutate.
Ciò comporta la regola, del tutto pacifica e incontestata, che il bando indichi le c.d. macrovoci, vale a dire i criteri generali secondo i quali le proposte dei partecipanti saranno esaminate dalla Commissione di gara.
Ma la faccenda diventa assai più spinosa ove si affronti la questione dei subcriteri, ovverosia le voci che descrivono in maggior dettaglio i parametri generali.
Vi è, infatti, il rischio che l'anticipazione di ogni singolo peso o criterio paralizzi e ingessi la creatività dei concorrenti.

[13] Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2001, n. 2645; Consiglio di Stato, sez. V, 17 febbraio 2003, n. 831.
[14] Consiglio di Stato, Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6773.

La questione non è di poco conto. Non tanto per gli appalti di lavori e forniture, dove l'Amministrazione, pur con vari livelli di precisione, è di regola sempre in grado di determinare con certezza l'oggetto della prestazione e i suoi elementi significativi, quanto invece per gli appalti di servizi, ed in particolar modo quelli che hanno ad oggetto servizi complessi.
In quest'ultimo caso, predeterminare ogni criterio sarebbe non solo impossibile ma anche inopportuno per l'Amministrazione, che si priverebbe della possibilità di ottenere dai concorrenti soluzioni organizzative e tecniche innovative sulla base della rispettive esperienze e competenze.
L'argomento è più che mai complesso e, anche a seguito degli interventi del Legislatore e della Corte di Giustizia Europea, ha registrato una serie di oscillazioni interpretative che è opportuno compendiare prima di esaminare quanto deciso, nel caso concreto, dal T.A.R.
La giurisprudenza maggioritaria precedente all'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici riteneva ammissibile che i subcriteri di valutazione, nonché i relativi subpunteggi, fossero stabiliti dalla Commissione di gara[15], purché tale operazione fosse effettuata prima dell'apertura delle buste.
Si può rammentare in tal senso, perché ben esemplificativa dell'*iter* argomentativo utilizzato per giungere alla suddetta conclusione, la sentenza del Consiglio di Stato del 23 gennaio 2004, n.222, laddove si affermava che in tema di appalti retti da criteri selettivi non automatici, la commissione giudicatrice può legittimamente esercitare il potere-dovere di introdurre elementi di specificazione e puntualizzazione dei criteri generali di valutazione enucleati in sede di bando fino al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte e della conoscenza, in ogni caso, delle offerte medesime; detta conoscenza costituisce, infatti, un dato di fatto potenzialmente deviante in quanto mette in condizione la commissione di plasmare i criteri o parametri specificativi adattandoli ai caratteri specifici delle offerte, conosciute o conoscibili. Ne deriva un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una o più imprese, mentre, in realtà, la determinazione dei sub criteri deve essere il parametro di orientamento e motivazione di valutazioni che la commissione farà e non di valutazioni che la commissione può aver già fatto a seguito della conoscenza dell'oggetto della valutazione[16].
La direttiva europea 2004/18/CE del 31 marzo 2004, e successivamente il D.Lgs. n.163\2006, hanno cambiato di colpo tale prospettiva.
L'articolo 83 del D.Lgs. n.163/2006, nella sua prima stesura, ha ridotto considerevolmente il potere della Commissione, consentendole unicamente di

[15] Anche se l'esigenza di rendere edotti i concorrenti sul peso dei sottocriteri era già stata evidenziata dalla giurisprudenza. Si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323.
[16] Così anche in Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5082. All'epoca, dunque, il problema non era tanto l'ammissibilità di tale condotta della commissione, quanto piuttosto il momento in cui la specificazione doveva avvenire, le relative forme di pubblicità e la sottile differenza fra specificazione di criteri già esistenti e l'introduzione di criteri nuovi.

indicare i "criteri di valutazione" delle offerte, mentre tutti i subcriteri (e i relativi subpunteggi) devono essere contenuti nella legge di gara.
La Commissione, in tal modo, veniva ridotta ad un ruolo sostanzialmente notarile, dovendosi limitare ad applicare in modo quanto più automatico possibile delle previsioni già indicate dal bando.
Questa innovazione non è stata accolta favorevolmente, proprio perché, come detto in apertura di paragrafo, per certi tipi di appalto questa imposizione è eccessivamente gravosa e inopportuna per la stessa Committente.
Cosicché la giurisprudenza, appoggiandosi all'ambigua formula "*criteri motivazionali*", ha in molti casi di fatto confermato la possibilità per la Commissione di gara di introdurre elementi specificativi dei criteri indicati nel bando.
Senza pretesa di esaustività, si può indicare la sentenza T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 novembre 2007, n. 1175[17], nella quale è stato evidenziato che sarebbe inutilmente restrittivo della libertà di offerta specificare i sottocriteri fino al punto di indicare ogni singolo elemento valutabile e il relativo sub punteggio.
Ancora di recente, è stato rilevato che non può ritenersi precluso alla Commissione aggiudicatrice il potere di specificazione dei criteri di punteggio fissati nella disciplina di gara[18].
In altra sentenza, il T.A.R. ha stabilito che la commissione aggiudicatrice può attribuire un peso relativo ai sub elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara[19].
Come si vede, la giurisprudenza, almeno dei T.A.R., è del tutto restia a relegare la Commissione ad un ruolo di semplice soggetto applicatore di parametri già integralmente fissati[20].
La tendenza, però, è esattamente questa, ed in tal senso si è pronunciata più volte la Corte di Giustizia Europea.
Valga per tutte l'ultima sentenza in materia[21], dove la Corte transnazionale ha chiarito, senza alcun margine di dubbio, che un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione, che non siano state preventivamente portate a conoscenza degli offerenti.
L'indicazione del giudice europeo è stata rapidamente recepita dal Legislatore nazionale, che nel terzo correttivo al Codice dei Contratti ha eliminato dal quarto

[17] L'orientamento del T.A.R. Lombardia, Brescia, è poi mutato radicalmente (vedi nota n.22).
[18] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1 luglio 2008, n. 6512.
[19] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 5 settembre 2008, n. 8098
[20] Ciò non senza avvertire che la giurisprudenza riportata si fonda sulla particolarità dei singoli casi. Del resto, stabilire in modo oggettivo e soprattutto in linea generale quando una specifica della Commissione sia un'indebita integrazione del bando e quando, invece, sia un mero "*criterio motivazionale*", è compito di quasi impossibile realizzazione.
[21] Corte di Giustizia CE, Sez. I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06

comma dell'articolo 83 il riferimento ai "*criteri motivazionali*"[22].
Il Consiglio di Stato, a sua volta, ha *apertis verbis* ribadito che "*deve essere l'Amministrazione nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e non già la Commissione giudicatrice ad enucleare le voci (ed anche le sottovoci) per valutare l'offerta, in modo tale che, già al momento di produzione delle loro offerte, i concorrenti siano (possibilmente) a conoscenza dell'importanza attribuita anche alle sottovoci*"[23].
Non sembra, quindi, esserci più spazio nel nostro ordinamento per qualsiasi tipo di attività interpretativa svolta dalla Commissione di gara anche se, in verità, rimane tutta da verificare alla prova dei fatti la possibilità per l'Amministrazione di precisare per qualsiasi tipo di appalto ogni singolo elemento di valutazione. E, ancor di più, non è stato chiarito fino a che punto il bando deve essere dettagliato o, in altre parole, quale sia la linea di demarcazione fra una legge di gara generica ed una ben specifica. Non è un caso, si ritiene, che lo stesso Consiglio di Stato, nella sentenza poc'anzi riportata, abbia sentito l'esigenza di inserire l'avverbio "*possibilmente*", ed addirittura fra le parentesi.
La questione, dunque, è ben lungi dall'essere risolta in via definitiva.
Terminato questo sintetico compendio, si può ora esaminare il contenuto della sentenza n. 82 del 2009.
Nel caso che occupa, il T.A.R. giudicante non ha appuntato il proprio interesse sull'attività della Commissione di gara. L'esame dei verbali delle sedute, infatti, dimostra che non vi è stato utilizzo né di subcriteri, né di subpunteggi, avendo la Commissione provveduto a valutare le offerte secondo i macrocriteri indicati dalla *lex specialis* di gara.
Ma sono propri tali criteri il punto decisivo secondo il T.A.R.: il giudice amministrativo ha evidenziato che nella fattispecie in esame sarebbe stato necessario indicare dei sottocriteri, poiché i criteri generali risultavano, ad avviso del Collegio, troppo vaghi e di contenuto indefinito.
Ed ancora, il T.A.R. rileva, basandosi sul tenore letterale del disciplinare di gara, uno stralcio del quale è stato riportato nella descrizione dei fatti, che dei subcriteri erano stati previsti anche dalla Committente. Da qui la necessità di indicare dei subpunteggi pena, in mancanza, l'illegittimità della *lex specialis*.
La pronuncia, su questo punto, non manca di suscitare delle perplessità.
Rientra nei poteri del giudice amministrativo, come nel caso di specie, sostituirsi alla Stazione Appaltante nel valutare la necessità di indicare subcriteri di valutazione dell'offerta?

[22] Vedi nota 1.
[23] Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2008, n. 5849; E lo stesso T.A.R. Lombardia, nella sentenza n. 3, pronunciata dalla I sez. l'8 gennaio 2009, ha evidenziato che il bando di gara deve indicare all'origine eventuali sottocriteri di valutazione delle offerte.

Vale la pena di rammentare ancora che il testo dell'articolo 83, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, contiene, in riferimento ai sub parametri, l'inciso "*ove necessario*", con ciò dovendosi necessariamente intendere che rientra nella piena discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, censurabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità, decidere se le offerte possano essere valutate in base unicamente ai criteri generali, o se servano indicazioni di maggior dettaglio.
Si è anche detto in precedenza che il punto non è trascurabile. Imporre, addirittura in via giurisdizionale, l'uso di subcriteri di valutazione, significa privare la Stazione Appaltante della possibilità di avvalersi della creatività dei concorrenti.
Nel caso di specie, inoltre, nessun appunto è stato mosso alla Commissione, che ha ritenuto possibile assegnare i punteggi alle offerte sulla base dei criteri indicati nel disciplinare, senza utilizzare alcuna voce di dettaglio.
Questo rende difficile ipotizzare che i criteri generali fossero troppo generici, poiché in questo caso la Commissione di gara non avrebbe potuto esaminare le offerte senza integrarli.
Sembra, dunque, che il T.A.R. sia andato ben oltre la problematica classica i cui temi sono stati in precedenza illustrati, e si sia spinto fino a decidere in merito alla necessità di integrare o meno i criteri[24], anche dove l'Amministrazione non lo aveva ritenuto utile.
Tra l'altro, argomentare in questo modo riapre la questione della tardività del ricorso. Ove, infatti, i criteri indicati nel disciplinare fossero stati talmente generici da impedire alla concorrente di formulare un'offerta ben fatta, sembra difficile sostenere l'insussistenza dell'onere di immediata impugnazione.
Rimane aperta la problematica dell'interpretazione letterale del disciplinare, dove, in effetti, è utilizzato il termine sub criteri. Da questo rilievo il Collegio di primo grado ha ricavato la volontà della Stazione Appaltante di utilizzare sottovoci nella valutazione delle offerte.
L'Amministrazione resistente si è difesa osservando che la terminologia è stata impiegata in senso non strettamente tecnico.
La questione è squisitamente ermeneutica e, se il dato testuale sembra corroborare la decisione del T.A.R., la lettura complessiva del disciplinare[25] parrebbe dare ragione alle tesi della Fondazione Y.

---

[24] Si rammenta che, secondo quanto stabilito in Consiglio di Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 584, "*in una gara d'appalto, resta preclusa all'amministrazione (prima) e al giudice (poi) qualsiasi possibilità di integrazione del bando, per mezzo di un'opera ermeneutica che introduca, nel regolamento della procedura di selezione, requisiti di partecipazione diversi da quelli ivi espressamente prescritti e addirittura conseguenze sanzionatorie radicali per il loro mancato possesso; ogni indagine interpretativa ed applicativa del bando che si estendesse fino all'introduzione di una disciplina partecipativa diversa e più restrittiva di quella configurata nel regolamento del concorso configgerebbe con il consolidato principio della doverosa, puntuale e vincolata attuazione dei precetti ivi contenuti*".
[25] Anche in tema di bandi di gara trovano applicazione i principi generali di ermeneutica contrattuale che impongono di valutare le clausole nel loro complesso (Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1080, Consiglio di Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397. In epoca più remota, Consiglio giustizia

Non è utile esprimere un giudizio definitivo su questo aspetto, perché, nelle more della pubblicazione, il Consiglio di Stato, investito della controversia, ha sospeso l'efficacia della sentenza n.82/2009[26].

Nella motivazione del provvedimento di sospensione, che è interessante riportare, si legge che non emerge "*né negli atti di gara né da parte della Commissione giudicatrice una violazione del principio di predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*".

Si rimanda ogni valutazione definitiva, dunque, al momento in cui i giudici di Palazzo Spada decideranno il pieno merito della controversia.

amministrativa Regione Sicilia, Sez. giurisdiz., 22 marzo 1993, n. 112.).

[26] Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 10 marzo 2009, n. 1250.