



L'illegittima commistione tra “requisiti speciali di partecipazione alle gare” ed “elementi di valutazione delle offerte”: le ultime novità della giurisprudenza e dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Febbraio 2012

A cura di **Massimo URBANI**

L'ILLEGITTIMA COMMISTIONE TRA REQUISITI SPECIALI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE ED ELEMENTI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE: LE ULTIME NOVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA E DELL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

di Massimo Urbani

Sommario: 1. Introduzione – 2. La circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento Politiche Comunitarie del 1° marzo 2007 – 3. La giurisprudenza più recente ed il nuovo orientamento meno restrittivo – 4. Gli interventi dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Com'è noto, nelle procedure di gara con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante deve individuare gli elementi che saranno presi in considerazione dalla Commissione giudicatrice per la scelta dell'offerta migliore.

Innanzitutto, occorre ricordare che il criterio di aggiudicazione delle commesse pubbliche denominato “offerta economicamente più vantaggiosa”, da sempre al centro di analisi da parte della dottrina e di avvisi della giurisprudenza con contenuti e valutazioni non sempre coincidenti, fu introdotto nella legislazione italiana per la prima volta con la legge 8 agosto 1977, n. 584 che riguardava le norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della comunità economica europea. Attualmente, questo criterio è utilizzabile nell'affidamento di tutte le commesse pubbliche (lavori, forniture e servizi), così come previsto dall'art. 83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. (codice dei contratti pubblici).

Più in generale, nelle procedure di gara i criteri di aggiudicazione sono due, il “prezzo più basso” e l' “offerta economicamente più vantaggiosa”:

- il primo, disciplinato dall'art. 82 del codice dei contratti pubblici, comporta che la stazione appaltante deve stabilire nella documentazione di gara le caratteristiche del contratto da affidare ed i concorrenti devono offrire solo un “prezzo” o un “ribasso”;
- il secondo, invece, comporta che la stazione appaltante deve stabilire nella documentazione di gara le caratteristiche del contratto da affidare quali condizioni prestazionali minime e, pertanto, i concorrenti devono offrire i “miglioramenti” a queste caratteristiche, oltre ovviamente ad un “prezzo” o “ribasso”.

A differenza del criterio del prezzo più basso, dunque, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta la presentazione da parte dei concorrenti di una offerta

“pluridimensionale”, ovvero l’offerta si scompone in parti di natura quantitativa (per esempio il prezzo, i costi di manutenzione, il tempo di esecuzione della commessa, la durata della garanzia, la durata della concessione, il quantitativo delle ore lavoro, etc.) ed in parti di natura qualitativa (per esempio la qualità progettuale, la migliore funzionalità, le caratteristiche estetiche, le caratteristiche ambientali, l’assistenza tecnica, i servizi aggiuntivi, etc.); di conseguenza, l’aggiudicazione avviene sulla base di una valutazione tecnico discrezionale effettuata da una apposita Commissione giudicatrice, come disciplinata dall’art. 84 del codice dei contratti pubblici. Sul piano strettamente giuridico, è ormai pacifico che le parti dell’offerta relative agli aspetti di natura quantitativa e le parti dell’offerta relative agli aspetti di natura qualitativa vadano incluse in buste separate e che la valutazione delle offerte di natura qualitativa deve essere effettuata dalla Commissione giudicatrice prima della conoscenza e relativa valutazione delle offerte di natura quantitativa (per tutte, TAR Lazio, Sez. I bis, 22 aprile 2008, n. 3364 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3638).

Allo stesso modo, è del tutto assodato che la valutazione delle offerte tecniche (da ricondurre nell’ambito delle attività amministrative di natura tecnico discrezionali, per le quali è precluso al giudice amministrativo entrare nella valutazione condotta dalla commissione giudicatrice in sede di attribuzione del punteggio di merito, per cui la censura può essere esaminata solo nei limiti in cui la decisione assunta dalla Commissione sia in contrasto con i parametri predeterminati dalle norme di gara e le regole della logica giuridica – così Consiglio di Stato, Sez. V, decisione n. 1647 del 12 aprile 2005) deve avvenire in **sedute riservate**, mentre la verifica della documentazione da presentare per partecipare alla gara, l’apertura delle buste contenenti le offerte economiche, nonché la determinazione della graduatoria finale devono avvenire in **sedute pubbliche** (per tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione n. 1856 del 22 aprile 2008).

Da ultimo, il Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, con sentenza 28 luglio 2011, n. 13 ha precisato che la “verifica della integrità dei plichi” non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all’esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell’interesse pubblico alla trasparenza ed all’imparzialità dell’azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Consiglio di Stato, Sezione V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; Sezione VI, 22 aprile 2008, n. 1856; Sezione V, 3 dicembre 2008, n. 5943; Sezione IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; Sezione V, 18 marzo 2004, n. 1427). Conseguentemente, l’Adunanza Plenaria ha ritenuto che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all’apertura della busta dell’offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l’offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell’esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

Tornando all’oggetto del presente lavoro, si vuole ora evidenziare che il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa comporta una scelta del contraente fondata non solo sull’offerta

economica, ma anche su altri elementi predeterminati nella documentazione di gara, il che implica ampi margini di discrezionalità della stazione appaltante in termini di valutazioni di convenienza e di apprezzamenti tecnici.

Pertanto, l'esigenza di garantire la par condicio dei concorrenti ed il corretto espletamento della gara impone che la valutazione delle offerte, sotto i vari profili rilevanti, avvenga in applicazione di criteri univoci ed obiettivi, predeterminati dal bando e dalla restante documentazione di gara, essendo in ogni caso preclusa qualsiasi attività di determinazione o rideterminazione dei criteri valutativi posta in essere successivamente all'avvenuta presentazione delle offerte (art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.).

Tuttavia, l'impianto normativo qui sinteticamente illustrato, pur apparendo di chiara e semplice comprensione, non ha trovato in moltissimi casi una corretta ed univoca applicazione da parte delle stazioni appaltanti, tanto da rendere necessario nel 2007 un deciso intervento da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie.

Inoltre, come sarà di seguito ampiamente rappresentato, occorre aggiungere che tale cattiva applicazione della norma ha comportato un gran numero di controversie risolte dalla giurisprudenza amministrativa, oltre ai numerosi interventi risolutivi di controversie in sede di precontenzioso ed interpretativi da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

2. La circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento Politiche Comunitarie del 1° marzo 2007

Con la circolare del 1 marzo 2007 (su G.U.R.I. n. 111 del 15 maggio 2007), la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, ha voluto definire i principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi; ovviamente, i principi da essa desumibili sono applicabili anche agli altri appalti pubblici di lavori e forniture.

La citata circolare prende spunto dalle numerose segnalazioni fatte al Governo italiano dagli uffici della Commissione europea, Direzione Generale per il Mercato Interno, relative ai casi nei quali alcune stazioni appaltanti italiane, nel redigere i bandi di gara, hanno preso in considerazione, come criteri per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, requisiti che attengono alla capacità tecnica del prestatore anziché alla qualità dell'offerta, in violazione della normativa comunitaria applicabile in materia.

In particolare, gli Uffici comunitari hanno constatato che in un numero considerevole di gare, segnatamente per l'attribuzione di appalti di servizi, gli elementi presi in considerazione come elementi di aggiudicazione si riferiscono piuttosto alla fase di qualificazione del prestatore.

Ad evitare l'apertura di procedure di infrazione da parte della Commissione ed eventuali controversie giudiziarie davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, il Governo italiano ha voluto stabilire nella circolare in esame alcune regole comportamentali, basate sui principi e sulle norme del diritto comunitario, alle quali dovranno attenersi le stazioni appaltanti nella predisposizione della documentazione di gara.

Il Dipartimento prende le mosse dall'art. 44, comma 1, della direttiva 2004/18/CE ove è disposto che: *“L’aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli artt. 53 e 55, tenuto conto dell’art. 24, previo accertamento dell’idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli artt. 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme e ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3”* (analoga disposizione per i settori speciali è data dall'art. 51 della direttiva 2004/17/CE).

Tale articolo 44 ha guidato la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia nella distinzione rigorosa tra “criteri di idoneità”, ovvero di qualificazione degli operatori economici interessati alle procedure di gara, e “criteri di aggiudicazione”, ovvero di individuazione dell'offerta migliore e più conveniente. Infatti, anche se l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano aver luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse, così come puntualmente richiamate dal citato art. 44 della direttiva 2004/18/CE.

Pertanto, l'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dalla stazione appaltante in conformità ai criteri di capacità generale (morale), di cui agli articoli 45 e 46 della direttiva 2004/18/CE, nonché in base ai criteri di capacità speciale (economica-finanziaria e tecnica-professionale), di cui agli articoli da 47 a 52 della stessa direttiva europea.

Per quanto riguarda, invece, i criteri di aggiudicazione, l'art. 53 della direttiva 2004/18/CE (e l'art. 55 della direttiva 2004/17/CE) stabilisce che le stazioni appaltanti possono scegliere tra il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quando l'aggiudicazione è a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi elementi di valutazione variabili, ma collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto. La scelta, in tal caso, è limitata e può riguardare soltanto i criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore (Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 1988, in causa 31/87 Beentjes e sentenza 19 giugno 2003, in causa C-315/01 GAT).

A questo punto, specie con riferimento all'aggiudicazione degli appalti di servizi, si è posto il problema dell'utilizzo, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore (es. curriculum, licenze o certificazioni di qualità, fatturato complessivo o per servizi analoghi o similari prestati in precedenza, etc.).

La costruzione logico-normativa sopra sintetizzata ha portato il Dipartimento ad affermare che gli elementi attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della qualificazione dei concorrenti e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta.

Dunque, secondo la Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'offerta deve essere valutata solo in base a criteri che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto, con esclusione assoluta delle qualità soggettive dell'offerente.

In buona sostanza, non è possibile valutare elementi attinenti alla capacità dell'offerente ma solo le modalità attraverso le quali il prestatore prevede di eseguire il servizio: volendo traslare tali principi nell'ambito del codice dei contratti, il messaggio è quello di non confondere quanto richiesto dagli articoli da 40 a 50 in tema di requisiti speciali di partecipazione e quanto previsto dall'art. 83 in tema di elementi di valutazione dell'offerta, successivamente riscritto dall'intervento operato dal terzo decreto correttivo del codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 152/2008. La circolare chiude invitando tutte le amministrazioni interessate a conformarsi con effetto immediato alle suddette prescrizioni in sede di redazione di tutti i bandi di gara e della relativa documentazione per l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Inoltre, al fine di garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva e nel rispetto dei principi sanciti dal Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, la circolare prevede che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Per questo motivo, le stazioni appaltanti, quando non adottano come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ma si fondano su vari elementi al fine di procedere all'aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute a menzionare questi elementi ed i relativi parametri a priori, fissandoli nel bando e nella documentazione di gara.

In considerazione del pericolo di condanne dello Stato italiano, ai sensi dell'art. 228 del Trattato, per violazione delle regole comunitarie sopra descritte, con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione Europea, la circolare chiude invitando tutte le stazioni appaltanti ad attenersi scrupolosamente ai suoi indirizzi operativi, con l'avvertenza che, in caso di inosservanza di siffatti obblighi, si incorrerà nella responsabilità amministrativa per danno all'erario, con conseguenziali provvedimenti sanzionatori a carico dei pubblici funzionari che vi hanno dato causa.

3. La giurisprudenza più recente ed il nuovo orientamento meno restrittivo

Come sopra esposto, la circolare del 1° marzo 2007 è stata emanata in seguito alle numerose segnalazioni fatte al Governo italiano dagli uffici della Commissione europea.

Anche l'apporto dato dalla produzione giurisprudenziale nazionale in materia, nell'affrontare un gran numero di casi, specie per procedure di gara per appalti di servizi, ha contribuito alla definizione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento stabilendo in modo univoco la scorrettezza del comportamento di una stazione appaltante che prende in considerazione come criteri di aggiudicazione elementi riconducibili alla fase di qualificazione del prestatore.

Di seguito vengono riportate le massime delle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia emanate dopo la citata circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ivi compresa una importante sentenza della Corte di giustizia europea, tutte improntate in modo più o meno rigido al principio dell'illegittima commistione tra requisiti speciali di partecipazione alle gare ed elementi di valutazione delle offerte.

Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 5434 del 4 ottobre 2011: in conformità alla pertinente giurisprudenza comunitaria, il Consiglio ha affermato che costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

L'illegittima commistione tra "requisiti speciali di partecipazione alle gare" ed "elementi di valutazione delle offerte": le ultime novità della giurisprudenza e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Detto canone operativo, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova in definitiva il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione.

TAR Lazio, Sezione III quater, sentenza n. 38724 del 27 dicembre 2010: la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare che “costituisce erronea applicazione dell'articolo 83 del Codice degli appalti la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta che si verifica quando elementi di valutazione specificati nel disciplinare riguardano caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente, che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente ed al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, e quindi solo quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta.” Nella specie lo stesso elemento, ovvero il possesso di una piattaforma certificata e/o l'utilizzo di fornitori certificati, era richiesto sia quale requisito di accesso sia quale elemento di valutazione dell'offerta. Pertanto, deve escludersi che tale requisito tecnico di accesso, codificato dall'art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 come elemento della capacità tecnica soggettiva da valutarsi ai fini della partecipazione alla gara, possa essere utilizzato, altresì, quale criterio di esame dell'offerta tecnica in sede di assegnazione del punteggio.

Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 3740 del 15 giugno 2010: è precluso che elementi afferenti alla mera soggettività del partecipante alle gare e non direttamente refluenti sulla qualità del servizio offerto, possano rilevare anche a fini valutativi. Al riguardo la Corte di giustizia CE ha in più occasioni affermato che gli artt. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 (che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e delle loro attrezzature nonché della capacità dei medesimi di effettuare l'appalto entro il termine previsto non come “criteri di selezione qualitativa”, ma come “criteri di aggiudicazione” (da ultimo C.G.C.E., Sezione I, 24.1.2008, in causa C-532/06 – v. oltre).

In particolare, deve ribadirsi che il punteggio relativo ai vari criteri in caso di aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa non possa che essere attribuito in rapporto ed in funzione della valutazione dell'offerta concernente in termini concreti ciò che viene messo a disposizione per l'espletamento del servizio nei confronti della stazione appaltante, con esclusione di qualsiasi considerazione estesa ex se alle qualità generali dei partecipanti: sia per la necessità di adeguare i criteri al mero oggetto di gara e quindi di contratto (come desumibile dall'interpretazione conforme a ragionevolezza dell'art. 83 codice dei contratti, laddove precisa che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto), sia in quanto, altrimenti opinando, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore delle imprese di più rilevanti dimensioni, in violazione di principi basilari e fondamentali come la tutela della par condicio e la tutela della concorrenza. Anche gli arresti giurisprudenziali che in passato hanno affermato che è legittimo prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, hanno precisato che ciò sarebbe possibile soltanto a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto e che tale esperienza “valutabile” debba porsi qual elemento che finisce con il ridondare sulla qualità del servizio offerto. L'interesse pubblico sotteso al rispetto del

principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla migliore selezione dell'aggiudicatario, deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante (ma, nel caso di specie, avuto riguardo alla previsione legislativa richiamata, con il generale interesse statale, potrebbe affermarsi), come tradotte nelle clausole del bando a condizione che esse siano pienamente rispondenti ai criteri di strumentalità con le esigenze evidenziate dall'Amministrazione in ordine ai quali è ammesso il pieno dispiegarsi del sindacato giurisdizionale (altrettanto va detto per quanto attiene alla proporzionalità e adeguatezza all'oggetto dell'appalto ed all'interesse pubblico perseguito che le prescrizioni del bando devono rivestire per non risolversi in un'indebita limitazione dell'accesso alla gara dei soggetti presenti sul mercato o tali da predeterminare l'aggiudicazione o vulnerare la par condicio tra i concorrenti, restringendo ad una rosa ristrettissima le imprese in possesso delle caratteristiche richieste).

Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 5105 del 28 agosto 2009: la *lex specialis* illegittimamente attribuisce rilevanza, in sede di assegnazione del punteggio, ai requisiti soggettivi in sé considerati, ossia avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sullo specifico espletamento del servizio in parola (nella specie, nel novero dei criteri di aggiudicazione contenuti nelle "norme per la partecipazione alla gara", si attribuiva rilievo al possesso di certificazioni di qualità ed all'attività di intermediazione svolta negli ultimi tre anni, ossia ad aspetti che non attengono all'organizzazione specifica concreta bensì alle qualità soggettive astratte).

Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 3716 del 12 giugno 2009: non risulta in concreto vulnerato il principio generale della separazione tra profili soggettivi afferenti all'affidabilità generale dell'offerente e dati oggettivi concernenti la qualità dell'offerta laddove la rilevanza attribuita, nella valutazione dell'offerta tecnica, al profilo della "organizzazione" - con riguardo alla "struttura aziendale" ed alla "struttura organizzativa, logistica ed informatica proposta per l'appalto, ivi compresi i servizi integrati" - appare giustificata dalla "necessità di verificare il grado di affidabilità della parte aggiudicataria al fine di garantire l'efficienza del servizio". In sostanza gli aspetti organizzativi non vengono considerati in quanto tali ma nella misura in cui garantiscono la prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta.

In particolare, in sede di applicazione di tale parametro, la Commissione ha considerato l'assetto organizzativo-strutturale non in modo avulso, e quindi come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio, ossia come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

Dall'esame coordinato della normativa regolatrice della procedura e dell'applicazione concreta della *lex specialis* si evince allora il rispetto sostanziale del divieto di commistione tra profili soggettivi dell'offerente e profilo oggettivi dell'offerta. E tanto in omaggio al condivisibile orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale il rischio di commistione non deve essere enfatizzato sulla base di formulazioni astratte ma valutato in concreto tenendo conto di come, nell'ambito di appalti, quali quello oggetto del giudizio, avente ad oggetto non un progetto od un prodotto ma un *facere*, determinate caratteristiche dell'impresa possono fatalmente proiettarsi sulla consistenza dell'offerta (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770).

Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 2716 del 29 aprile 2009: la normativa sia comunitaria sia nazionale opera, tra i criteri soggettivi di ammissione (d.lgs. n. 157 del 1995: artt. 12-17) e quelli oggettivi di aggiudicazione (artt. 22-23), una netta ed inderogabile distinzione che,

oltre al dato letterale e formale, risponde all'evidente e sostanziale logica di separare altrettanto nettamente i requisiti soggettivi di idoneità e di partecipazione alla gara da quelli attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione. In particolare, è stato affermato, che è illegittimo l'inserimento tra gli elementi di valutazione dell'offerta di un requisito, quale quello delle esperienze simili già maturate nello stesso specifico settore, il quale è indubbiamente un criterio soggettivo per l'individuazione della capacità tecnica richiesta ai concorrenti in sede di prequalificazione proprio per l'accertamento soggettivo della loro capacità a poter partecipare alla gara. Né rileva in contrario che le caratteristiche specifiche dell'attività oggetto della procedura avrebbero giustificato e legittimato il riferimento a dette esperienze ai fini della valutazione dell'offerta, stante la chiara ratio della normativa richiamata, che non consente alcuna deroga teorico-concettuale, né alcuna conseguente commistione tra i due gruppi di criteri, tra loro incompatibili. Tale principio vale sia per gare precedute da prequalificazione, sia per quelle a procedura aperta, ossia di pubblico incanto non preceduto dalla fase di prequalificazione (com'è nella specie), giacché in entrambi i casi si verte sempre in tema di requisiti di partecipazione utilizzati anche ai fini dell'assegnazione dei punteggi tecnici, con conseguente commistione illegittima dei medesimi e, in ultima analisi, violazione della par condicio tra i concorrenti.

Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 837 del 16 febbraio 2009: la giurisprudenza che ammette la facoltà della stazione appaltante di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo concernenti, cioè, la specifica attitudine del concorrente - anche sulla base di analoghe esperienze pregresse - a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara, è ferma nel ritenere "ciò legittimo, nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta" (Consiglio Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770). E, di certo, non è questo il caso, laddove il fatturato degli ultimi tre esercizi, anche se accompagnato da certificati di buona esecuzione, ha un peso predominante nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (20 punti su 50 complessivi) e perché la prestazione (somministrazione di lavoro temporaneo) non evidenzia un servizio connotato da particolari conoscenze tecniche od organizzative nelle quali possa aver giocato un ruolo determinante la pregressa esperienza professionale.

TAR Lazio, Sezione II, sentenza n. 8328 del 15 settembre 2008: il punteggio relativo ai vari criteri in caso di aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa non può che essere attribuito in rapporto ed in funzione della valutazione dell'offerta concernente in termini concreti ciò che viene messo a disposizione per l'espletamento del servizio nei confronti della stazione appaltante, con esclusione di qualsiasi considerazione estesa ex se alle disponibilità generali dei partecipanti: sia per la necessità di adeguare i criteri al mero oggetto di gara e quindi di contratto (come desumibile dall'interpretazione conforme a ragionevolezza dell'art. 83 codice dei contratti, laddove precisa che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto), sia in quanto, altrimenti opinando, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore delle imprese di più rilevanti dimensioni, in violazione di principi basilari e fondamentali come la tutela della par condicio e la tutela della concorrenza affermandosi in generale che, seppure sia in linea di principio legittimo prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, tuttavia ciò è possibile soltanto a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto (cfr. in tal senso, espressamente, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 6 giugno 2007 n. 1590 e T.A.R. Lazio, Sez. III, 6 luglio 2005 n. 5553).

T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, sentenza n. 112 del 2 aprile 2008: il curriculum contenente “servizi analoghi prestati in precedenza”, relativamente al prestatore di servizi, in quanto idoneo a valutare la capacità dello stesso di espletare detti servizi, non può che rientrare nella fase di selezione dei concorrenti.

Consiglio di Stato, Sez. V, decisione n. 912 del 4 marzo 2008: in materia di procedimenti ad evidenza pubblica il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell’offerta costituisce un sicuro principio di derivazione nazionale e comunitaria (tra le tante: Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2006 n. 1194; Consiglio di Stato, Sez. V, 16 aprile 2003 n. 1993; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 novembre 2003 n. 7237). Nella specie è stata ritenuta l’illegittimità delle clausole del bando che qualificavano come elementi oggettivi di valutazione dell’offerta dei parametri che costituivano, in realtà, requisiti soggettivi di partecipazione, con particolare riferimento alle voci “referenze relative a servizi identici prestati negli ultimi tre anni” (max punti 10), “possessione di certificazione di qualità” (max punti 10) e “pregressa esperienza relativa al settore di telemedicina” (max punti 5).

Corte di Giustizia europea, Sez. I, sentenza n. C-532/06 del 24 gennaio 2008: se è vero che i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati all’art. 36, n. 1, della direttiva 92/50 e che tale disposizione lascia quindi alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri che esse intendono adottare per l’aggiudicazione dell’appalto, ciò nondimeno tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l’offerta economicamente più vantaggiosa. Sono esclusi come “criteri di aggiudicazione” criteri che non siano diretti ad identificare l’offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell’idoneità degli offerenti ad eseguire l’appalto. Nel caso di specie i “criteri di aggiudicazione” riguardano essenzialmente l’esperienza, le qualifiche e i mezzi che possono garantire la corretta esecuzione dell’appalto; si tratta di criteri che attengono all’idoneità degli offerenti a eseguire tale appalto e che non costituiscono, quindi, “criteri di aggiudicazione”. Pertanto, occorre dichiarare che gli art. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 ostano a che, nell’ambito di una procedura di gara, l’amministrazione tenga conto dell’esperienza degli offerenti, del loro personale, delle loro attrezzature, nonché della capacità di effettuare l’appalto entro il termine previsto non come “criteri di selezione qualitativa”, ma come “criteri di aggiudicazione”.

T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sentenza n. 174 del 9 novembre 2007: in materia di appalti di servizi la normativa prescrive la necessità di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli attinenti all’offerta e all’aggiudicazione, detta esigenza discende dal principio, di matrice comunitaria, di massima concorrenzialità nelle gare pubbliche, il quale implica che, una volta stabiliti i requisiti soggettivi di partecipazione - che delimitano l’ambito dei soggetti ritenuti idonei contraenti - la competizione tra i concorrenti si svolga, su un piano paritario, con riferimento al contenuto tecnico oggettivo dell’offerta. Ciò per evitare alterazioni al principio di concorrenza, sotto il profilo della par condicio, suscettibili di penalizzare concorrenti di dimensioni soggettive minori che tuttavia ben potrebbero presentare un’offerta contrattuale migliore.

T.A.R. Lazio, Sez. III quater Roma, sentenza n. 10530 del 27 ottobre 2007: appare evidente come le referenze attengano ai requisiti soggettivi del partecipante ad una gara, che hanno una loro legittima valutazione in sede di selezione dei partecipanti, ma che non possono, anche per evidenti ragioni di trasparenza, venire in considerazione per il punteggio da attribuire all’offerta, essendo spesso già noti. Peraltro in giurisprudenza si rintracciano numerosi casi in cui le esperienze

pregresse della ditta partecipante sono state considerate non valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (TAR Lazio, Sez. III, sentenze 19 settembre 2006 n. 8823 e 11 luglio 2006 n. 5807; Consiglio di Stato, Sez. V, decisioni 19 giugno 2006 n. 3584 e 20 marzo 2006 n. 1446).

Consiglio di Stato, Sez. V, decisione n. 5282 del 9 ottobre 2007: l'aggiudicazione di una gara di appalto, con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa non deve essere effettuata a favore di un concorrente solo in considerazione delle sue potenzialità di ordine tecnico ed economico-finanziario, del fatturato pregresso o dalla qualificazione conseguita (quale nella specie la certificazione UNI EN ISO 9001 – 2000) ma deve essere operata a favore del concorrente che abbia presentato, in relazione all'oggetto specifico della gara, l'offerta più conveniente, e nello stesso tempo seria ed affidabile, per l'amministrazione.

T.A.R. Sardegna, Sez. I, sentenza n. 1674 del 20 luglio 2007: il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici mira a premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata, per cui la sua corretta applicazione richiede che gli elementi di valutazione prescelti siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale presentata in sede di partecipazione alla gara; contraddice, quindi, tale logica ed è, pertanto, illegittima la previsione della *lex specialis* che attribuisca un rilevante punteggio ad elementi estranei al merito tecnico dell'offerta ed attinenti, invece, all'esperienza professionale acquisita dal concorrente.

Tuttavia, come anche richiamato in alcuni dei precedenti casi, occorre segnalare alcune recenti **posizioni giurisprudenziali meno restrittive**, le quali hanno ammesso, seppur con precisi limiti, la possibilità di valutare la qualità di un'offerta sulla base di elementi non esattamente oggettivi: infatti, una recente e non isolata giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur ribadendo il principio di separazione di cui sopra, ne ha evidenziato alcuni limiti ed alcune ingiustificate rigidità, con un ragionamento che si attaglia in modo particolare agli affidamenti dei servizi di natura professionale.

Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 6002 del 2 ottobre 2009: circa la questione dell'applicabilità, agli appalti di servizi, del divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta ("criteri di selezione dell'offerta") e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente ("criteri di selezione dell'offerente"), deve registrarsi un recente orientamento di questo Consiglio volto a mitigare la rigorosa interpretazione seguita in passato. La Quarta Sezione, nella decisione del 25 novembre 2008, n. 5808 (v. oltre), ha ritenuto che il divieto in discorso conosca un'applicazione attenuata nel settore dei servizi laddove "l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa". Dalla considerazione dell'esperienza maturata da una concorrente possono quindi trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni e dell'affidabilità dell'impresa, qualora tali aspetti non risultino preponderante nella valutazione complessiva dell'offerta. Una posizione ancora più definita ha assunto questa Sezione con la decisione 12 giugno 2009 n. 3716 (v. oltre), relativa a una gara per l'affidamento di servizi di pulizia e sanificazione.

Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 5626 del 18 settembre 2009: viene dato conto dell'esistenza di due filoni giurisprudenziali, un primo che ritiene illegittima ogni commistione tra

requisiti di capacità dell'offerente ed elementi propri dell'offerta, in base ad *“una rigida interpretazione letterale dei principi enunciati in sede comunitaria”* ed un secondo, ritenuto più equilibrato, secondo cui *“purché non vengano menzionati elementi distonici rispetto all'oggetto dell'appalto, ben possono essere presi in considerazione – in sede valutativa del merito dell'offerta – elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano, senza incertezze (e purché ad essi non sia attribuito un peso, in termini di punteggio, preponderante) sulla qualità del servizio oggetto della procedura evidenziale”*. Legittimamente l'Amministrazione appaltante può, nel bando di gara, privilegiare le imprese che abbiano svolto attività identiche a quella oggetto dell'appalto, attribuendo loro uno specifico punteggio utile ai fini dell'aggiudicazione e che, quindi, lo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto della gara possa costituire un adeguato indice rilevatore dell'affidabilità e quindi della “qualità”.

Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 3716 del 12 giugno 2009: nel ribadire che il rischio di commistione debba essere valutato in concreto e non enfatizzato sulla base di formulazioni astratte, appare legittima, nel caso di specie, la valutazione della struttura aziendale del concorrente nell'ambito dell'offerta tecnica, in quanto tali caratteristiche dell'offerente si proiettavano inevitabilmente sulla consistenza dell'offerta stessa.

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n. 5808 del 25 novembre 2008: il noto orientamento giurisprudenziale di derivazione comunitaria secondo cui, essendo la procedura di gara tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il bando di gara non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, va applicato *“cum grano salis”* nelle procedure – come quella che occupa – relative ad appalti di servizi, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere che può essere valutata unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa. Sotto tale profilo, appare legittimo che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il pregresso positivo svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di gara per un importo significativo, come richiesto nel caso che occupa dal capitolato sotto la voce *“Attività e struttura organizzativa dell'impresa”*. Una previsione siffatta non può dirsi seriamente in contrasto col principio sopra richiamato, laddove peraltro essa attribuisca un peso ponderale non decisivo all'elemento così considerato: ciò che avviene nel caso di specie, laddove per il fatturato pregresso era prevista l'attribuzione di un massimo di soli 8 punti sui 50 attribuibili all'offerta tecnica.

Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 2770 del 9 giugno 2008: non bisogna enfatizzare il rischio di commistione tra profili soggettivi ed oggettivi, ma ammettere che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente afferenti all'oggetto del contratto, possano essere valutate per la selezione dell'offerta. Nel caso di specie, relativo ad un appalto concorso per la progettazione e fornitura di tre complessi edilizi, la previsione di un parametro relativo al *“valore qualitativo dell'impresa”* è stata ritenuta inerente all'offerta tecnica e, in particolare, alla specifica attitudine dell'impresa – anche sulla base di esperienze pregresse – a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. Tenere distinti profili soggettivi e dati oggettivi *“non significa ignorare che, trattandosi di organizzazioni aziendali, determinate caratteristiche dell'impresa – tanto più quando specifiche rispetto all'oggetto dell'appalto – possano proiettarsi*

sulla consistenza dell'offerta" e non attengono, quindi, a "generiche capacità tecniche del concorrente, già verificate ai fini dell'ammissione alla gara sulla base di criteri diversi".

Dunque, quest'ultimo recente orientamento giurisprudenziale lascia aperta la strada all'inserimento di alcuni elementi soggettivi dell'impresa concorrente nell'ambito degli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta tecnica. Tale orientamento è nuovo come dimostra la seguente univoca posizione della **giurisprudenza precedente** alla circolare del 1 marzo 2007.

T.A.R. Campania, Napoli, sentenza n. 7517 del 15 luglio 2006: deve ritenersi illegittima la previsione di un capitolato speciale d'appalto relativo ad un appalto di forniture, che assegna punti 10 per la voce esperienze, desunte dal fatturato dell'ultimo triennio, e punti 5 per la voce certificazione di qualità ISO, poiché si tratta, chiaramente, di elementi soggettivi, concernenti la capacità tecnica delle concorrenti, illegittimamente inseriti tra i criteri oggettivi di valutazione della fornitura da prestare, da tener presenti ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sotto i profili del prezzo e della qualità. Fa cioè difetto, nella specie, il requisito del collegamento dei criteri di aggiudicazione all'oggetto dell'appalto, o alla natura della prestazione, richiesto dalla disciplina legislativa, di fonte nazionale e comunitaria. Né può condividersi l'argomento secondo cui l'attribuzione dei punteggi per gli elementi di natura soggettiva si giustificerebbe, nella specie, in ragione delle concrete caratteristiche della fornitura in questione, implicante anche la distribuzione sul territorio, con la relativa organizzazione per l'informazione agli utenti, la gestione delle urgenze, etc., onde non potrebbe prescindere dalla valutazione delle esperienze maturate dalle imprese concorrenti, e quindi del loro pregresso fatturato.

Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione n. 3584 del 19 giugno 2006: vi è una netta distinzione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, che ha la sua ratio nella necessità di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli oggettivi attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione. Solo dopo aver accertato la sussistenza (o insussistenza) dei requisiti ed adottate le conseguenti determinazioni sull'ammissione (o esclusione), si apre la gara vera e propria che inizia proprio con la predeterminazione dei criteri, aventi ad oggetto esclusivamente la valutazione dell'offerta tecnica.

T.A.R. Lombardia, Sez. III di Milano, sentenza n. 1493 del 22 giugno 2006: la stazione appaltante che fissa nel bando di gara i criteri per stabilire l'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica il "curriculum aziendale" (con valutazione delle "principali commesse negli ultimi 4 anni nell'ambito della ristorazione scolastica", del "fatturato degli ultimi 4 anni relativo alla ristorazione scolastica", dei "titoli di studio e professionali dei tecnici/dirigenti addetti al servizio") opera una illegittima commistione fra requisiti di qualificazione dei partecipanti e criteri di valutazione delle offerte. In materia di appalti di servizi la normativa applicabile è chiara nel fissare i requisiti di moralità e di capacità tecnica, economica e finanziaria necessari per partecipare alle gare. Ma una volta che l'impresa si è qualificata ed è stata ammessa a partecipare alla gara i suddetti requisiti non possono essere oggetto di nuova valutazione ai fini dell'aggiudicazione della gara. Se, invece, si consentisse di valutare nuovamente anche in sede di aggiudicazione il fatturato degli ultimi anni e il numero delle commesse effettuate si realizzerebbe il risultato, certamente contrario alla concorrenza, che le imprese di minori dimensioni, o di più recente costituzione, avrebbero scarse possibilità di entrare nel mercato dei servizi, risultando quasi sempre superate da quelle di maggiori dimensioni o che hanno maturato una più risalente esperienza nel settore.

T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, sentenza n. 1981 del 20 aprile 2006: una volta che l'impresa si è "qualificata" e dunque è ammessa a partecipare alla gara, i requisiti di partecipazione non possono essere nuovamente valutati ai fini dell'aggiudicazione (tranne che per l'affidamento degli incarichi di progettazione, dove però è proprio la valutazione del curriculum del professionista o della società di professionisti a costituire l'unico criterio di aggiudicazione), perché la normativa prevede che altri siano i parametri attraverso cui determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Se deve ritenersi sicuramente illegittima la duplicazione valutativa in sede di scrutinio dell'offerta di un elemento già divisato in occasione della prequalificazione dell'impresa (e della conseguenziale ammissione alla gara della stessa), a fortiori deve ritenersi illegittima in sede di valutazione dell'offerta la emersione di un elemento tipico di dimostrazione di capacità tecnica dell'impresa, anche se non tenuto in considerazione nella fase della prequalificazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, decisione n. 1446 del 20 marzo 2006: il compito di individuare i criteri valutativi ai fini dell'aggiudicazione di una gara d'appalto rientra nell'ampia sfera di discrezionalità propria della stazione appaltante che, però, non può, per asserite difficoltà legate alla peculiare natura dell'appalto oggetto di gara, avvalersi di criteri discretivi non consentiti - in quanto contrastanti con la disciplina nazionale e comunitaria - e in grado di ingenerare illegittime distorsioni della concorrenza e inammissibili violazioni della par condicio tra i concorrenti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione n. 5194 del 28 settembre 2005: i requisiti soggettivi delle concorrenti, utili ai fini della valutazione in merito alla ammissibilità alla gara, non possono essere nuovamente utilizzati anche per graduare i punteggi di gara, in quanto, in tal caso, gli elementi di prequalificazione in questione varrebbero solo a privilegiare i soggetti più strutturati. In definitiva, il criterio in questione finisce per assumere portata discriminatoria consentendo l'assegnazione alle imprese di maggiori dimensioni e da più tempo presenti sul mercato di beneficiare, solo per tali loro caratteristiche, di un punteggio più elevato rispetto alle concorrenti, invece, più "giovani" e di minore dimensione; il differenziale di punteggio da assegnare alle offerte deve dipendere, invero, in una gara quale quella di specie, dalle caratteristiche del progetto presentato e dal prezzo offerto e non certo dalla valutazione di semplici elementi di prequalificazione che, nell'economia della gara, hanno esaurito la propria funzione nel momento stesso dell'ammissione ad essa della concorrente.

Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione n. 1434 del 31 marzo 2005: sussiste una netta distinzione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, con la conseguenza che nella fase dell'aggiudicazione non possono essere inseriti criteri attinenti all'individuazione della capacità tecnica dell'impresa né, nella lettera di invito, possono essere modificati i requisiti di partecipazione, in quanto, espletata la prequalificazione, sono ormai noti gli aspiranti concorrenti e i relativi requisiti.

In definitiva, quanto sopra deve far riflettere le stazioni appaltanti in sede di predisposizione degli elaborati di gara: infatti, considerato che i casi di contenzioso portati avanti al giudice amministrativo rappresentano soltanto la punta dell'iceberg del potenziale numero di controversie, ciò significa che troppi errori vengono commessi nella definizione di queste particolari ed importanti clausole della lex specialis di gara, specie con riferimento al mancato rispetto del diritto comunitario. Infatti, nel settore della contrattualistica pubblica l'espressione "rispetto del diritto comunitario" ha una valenza più ampia della semplice osservanza delle norme comunitarie poiché

comprende, più in generale, il rispetto dei principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, che hanno valenza precettiva, come ha precisato la Corte di Giustizia: sotto questo profilo, quindi, i principi comunitari estendono la loro cogenza oltre le soglie stabilite dai regolamenti e dalle direttive in materia per applicarsi a tutti gli appalti pubblici. Occorre, poi, evidenziare, che la Corte di Giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti vincolanti emanati dalle istituzioni (attraverso i ricorsi per: incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del trattato e di regole di diritto relative alla sua applicazione, sviamento di potere); ne segue che le sue sentenze possono essere incluse negli atti di diritto comunitario derivato. Infatti, le sentenze della Corte di Giustizia, a differenza di ciò che avviene per le nostre pronunzie giurisprudenziali, hanno valore precettivo, non essendone limitata l'efficacia inter partes ma erga omnes (principio ribadito nel diritto interno dalla sentenza della Corte Costituzionale del 23 aprile 1985, n. 113).

4. Gli interventi dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici

Com'è noto, con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici sono state ampliate le competenze dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che, dal 1° luglio 2006, ha assunto la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Oltre alla ben nota attività di vigilanza del mercato dei contratti pubblici, una nuova importante competenza è stata data dall'art. 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006, in base al quale le singole stazioni appaltanti, una o più delle altre parti interessate, singolarmente o congiuntamente, possono rivolgere all'Autorità istanza di parere per la formulazione di una ipotesi di soluzione relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. La qualificazione di "parere" del pronunciamento dell'Autorità è idonea a fugare dubbi circa la natura di tale procedura che non è giurisdizionale o paragiurisdizionale (tenuto anche conto degli ovvi limiti di natura costituzionale). Un intervento, quindi, privo di forza vincolante ma, al contempo, proprio per l'autorevolezza e la neutralità del soggetto emanante il parere, una procedura veloce di possibile composizione delle controversie, con ciò accelerando i tempi di esecuzione dei contratti pubblici ed alleggerendo in parte i compiti della giustizia amministrativa.

Conseguentemente, il Consiglio dell'Autorità ha approvato un apposito regolamento, con provvedimento del 10 ottobre 2006 (su G.U.R.I. n. 248 del 24 ottobre 2006), recante la procedura di soluzione delle controversie ed il relativo formulario per l'inoltro delle richieste di parere, consultabili sul sito dell'Autorità stessa. L'Autorità provvede a formulare parere esclusivamente alle richieste inoltrate ai sensi della citata disposizione, utilizzando l'apposito modello presente nel suo sito internet (www.autoritalavoripubblici.it).

Tale regolamento ha segnato l'avvio di un proficuo, intenso ed utile strumento di lavoro per tutti gli operatori del settore, con la soluzione, ad oggi, di ben 1.000 controversie (36 deliberazioni negli ultimi due mesi del 2006, 164 pareri nel 2007, 266 pareri nel 2008, 150 pareri nel 2009, 226 pareri nel 2010 e 158 pareri nei primi nove mesi del 2011), evitando nella maggior parte dei casi il ricorso ad un vero e proprio contenzioso avanti al giudice amministrativo.

Successivamente, con provvedimento del 10 gennaio 2008 (su G.U.R.I. n. 23 del 28 gennaio 2008), l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha emanato il "Nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 6,

comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”: il nuovo provvedimento è diverso dal precedente ed appare opportuno un breve esame dello stesso.

Possono presentare istanza di parere i seguenti soggetti (art. 2, comma 2):

- la stazione appaltante, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente;
- l'operatore economico, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente;
- soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente.

Non sono ammissibili le istanze presentate (art. 3):

- su una questione riguardante la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- nel caso in cui per la fattispecie oggetto dell'istanza è stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;
- in assenza di una controversia insorta fra le parti interessate;
- da soggetti che non rientrano tra quelli individuati dall'articolo 2, comma 2, del regolamento.

L'istanza deve essere predisposta secondo il modello allegato al regolamento (art. 4) e può essere inoltrata per fax o con raccomandata del servizio postale o per posta elettronica certificata ai sensi della normativa vigente. Nei successivi articoli 5, 6 e 7 vengono trattati l'avvio dell'istruttoria e la partecipazione delle parti all'istruttoria e viene definita la composizione della Commissione per la soluzione delle controversie.

Ciò premesso, per quanto riguarda la delicata materia oggetto del presente lavoro, l'Autorità si è più volte pronunciata, non solo in sede di parere per la soluzione delle controversie ma anche nell'ambito della più specifica attività istituzionale: si riportano di seguito i pareri e le deliberazioni più recenti, sempre coerenti con le due sopra illustrate posizioni giurisprudenziali, più o meno restrittive, nella soluzione ed interpretazione delle fattispecie in esame.

Parere n. 49 del 23 marzo 2011: nel caso di specie, l'aver previsto l'attribuzione di un punteggio, anche se fisso e predeterminato (punti 5), subordinatamente al possesso di “Requisiti di sistema di gestione ambientale dell'operatore”, introduce una evidente commistione tra requisiti soggettivi di capacità tecnica e professionale dell'impresa e criteri di valutazione di ogni singola offerta ai fini dell'aggiudicazione. Infatti, il possesso della suddetta certificazione ambientale da parte dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 44 del Codice dei contratti pubblici, costituisce sostanzialmente un elemento di valutazione della capacità tecnica del concorrente di applicare misure di gestione ambientale durante l'esecuzione del contratto, attestato mediante l'esibizione di certificati rilasciati da organismi indipendenti, e non un elemento di valutazione dell'offerta.

Parere n. 1 del 12 gennaio 2011: si ravvisa disparità di trattamento tra i partecipanti, attraverso la previsione, quale parametro di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del requisito “soggettivo” dell’*“Esperienza maturata nel settore ed organizzazione del servizio”*, individuata in termini di *“Numero di Enti pubblici nell'ambito regionale per i quali si è svolto (o si*

sta svolgendo) il Servizio di Tesoreria nell'ultimo decennio dalla data del bando", alla quale viene assegnato il significativo "peso", in termini di punteggio, di un massimo di 40 punti. Il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, conosce un'applicazione per così dire "attenuata" solo quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano. In tal senso, peraltro, si esprime anche il costante e consolidato orientamento della giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui, in materia di procedimenti ad evidenza pubblica, il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta costituisce un sicuro principio di derivazione nazionale e comunitaria con la sola eccezione del caso – che non ricorre nella fattispecie in esame – in cui gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse, per il loro stretto collegamento con lo specifico oggetto dell'appalto, non vengano considerati in quanto tali, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta. Inoltre, sia la recente giurisprudenza amministrativa sia questa Autorità hanno precisato che, anche nei casi – diversi da quello in esame – in cui le procedure di affidamento dell'appalto presentino specificità tali che gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse vengano considerati non come requisiti "soggettivi" ma piuttosto come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta, la pregressa esperienza non può in ogni caso avere un valore preponderante nella valutazione complessiva dell'offerta stessa.

Parere n. 141 del 22 luglio 2010: si rileva una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in ordine ai sub-criteri "*Esperienza e posa in opera maturata per altri impianti ad energia rinnovabile*" (per un sub-peso massimo di 12 punti) e "*Sistema di monitoraggio degli impianti*" (per un sub-peso massimo di 10 punti). Pertanto, sono esclusi come "criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa" quelli che non siano diretti ad identificare tale offerta, ma che siano, come quelli sopra indicati, essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi.

Parere n. 97 del 13 maggio 2010: è legittimo che la stazione appaltante preveda l'attribuzione di specifici punteggi in relazione all'esperienza e alla qualifica professionale, e che l'aver espletato in passato servizi analoghi a quello oggetto della gara possa essere valutato quale indice di affidabilità e dunque della qualità stessa dell'offerta tecnica. In un caso, quale quello che ci occupa, di affidamento di incarichi di Direzione Lavori e Coordinamento delle sicurezza in fase di esecuzione, elementi quali la "composizione e l'organizzazione del gruppo di lavoro" nonché le "esperienze pregresse dei singoli professionisti" risultano indubbiamente indici significativi della qualità della prestazione, direttamente riconducibili a caratteristiche oggettive dell'offerta stessa e dunque adatti a porsi quali parametri di valutazione relativi al merito tecnico, purché tali aspetti non risultino preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta. La possibilità di valutare, in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le pregresse esperienze professionali, incontra il limite del peso concretamente attribuibile in termini di punteggio a tali elementi; l'apprezzamento del merito tecnico che è deducibile dalla valutazione dei curricula professionali è infatti solo uno degli elementi valutabili e pertanto non può assumere un rilievo eccessivo. Nel caso di specie, il Disciplinare di gara predisposto dalla stazione appaltante prevedeva l'assegnazione di un massimo di venticinque punti in relazione alla "professionalità" così articolati: fino ad un massimo di cinque punti in relazione ai "requisiti dell'affidatario"; fino ad un massimo di cinque punti in relazione ai "requisiti del Coordinatore della Sicurezza"; fino ad un massimo di

quindici punti in relazione alla “specifica competenza del Direttore dei Lavori nel campo delle strutture in zona sismica nel settore delle opere marittime e nella direzione lavori di interventi analoghi”. Sulla base delle considerazioni svolte, deve pertanto ritenersi che nel caso sottoposto all’esame di questa Autorità, il requisito della pregressa esperienza dei concorrenti, suscettibile di essere valutata in base ai richiamati criteri, sia potenzialmente in grado di incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (100) stabilito per gli altri profili dell’offerta. Tutto ciò premesso, pur considerando che nel caso in esame, l’oggetto dell’appalto è tale da legittimare il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico di tipo “soggettivo”, e che pertanto, secondo un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza e già condiviso da questa Autorità, la valutazione dell’offerta non può prescindere dalla considerazione dell’esperienza maturata dal concorrente nell’ambito di interventi “affini”, il peso in termini di punteggi assegnabili al requisito della pregressa esperienza appare tale da alterare la concorrenza e il principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Deliberazione n. 10 del 25 febbraio 2010: il bando di gara non può operare un’illegittima commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. La distinzione, come richiamato dall’Autorità nella Determinazione n. 4/2009, è stata recentemente confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I., 24 gennaio 2008, causa C – 532/06 e, nell’ordinamento interno, dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche Comunitarie, del 1 marzo 2007, “Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto di pubblico servizio”.

Parere n. 5 del 14 gennaio 2010: le stazioni appaltanti nel bando di gara possono privilegiare le imprese che abbiano svolto attività identiche o analoghe a quella oggetto dell’appalto, attribuendo loro uno specifico punteggio utile ai fini dell’aggiudicazione, nella misura in cui tali aspetti dell’attività dell’impresa concorrente possano illuminare la qualità dell’offerta, assurgendo così a parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell’offerta stessa. Ciò non appare illogico o arbitrario, afferendo, in realtà, alla valutazione di elementi che hanno diretto ed immediato riferimento con la prestazione richiesta con l’oggetto della gara, in termini di logica presumibilità di una migliore esecuzione della prestazione richiesta. Il collegamento all’oggetto dell’appalto, quindi, può legittimare il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico di tipo “soggettivo” e l’utilizzo di detti criteri appare ragionevole quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici possono presentare.

Parere n. 151 del 17 dicembre 2009: in una procedura per l’affidamento della concessione del servizio di asilo nido, non è conforme alla normativa di settore l’operato della S.A. che consideri, tra i criteri di valutazione delle offerte, l’esperienza pregressa maturata nella prestazione di servizi analoghi. L’amministrazione, infatti, non può operare una illegittima commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. Detta commistione si pone in contrasto sia con la normativa comunitaria, sia con la normativa nazionale di riferimento che pongono una chiara distinzione tra i criteri di ammissione e quelli di aggiudicazione.

Deliberazione n. 83 del 7 ottobre 2009: nell’individuazione dei criteri di valutazione dell’offerta, qualora si ricorra al sistema di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’amministrazione non può operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi

di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, che contrasta, peraltro, con la normativa comunitaria e con la normativa nazionale di riferimento. Elementi che, come la capacità finanziaria e la certificazione di qualità, riguardando la capacità dell'operatore di eseguire il servizio oggetto dell'appalto, possono essere richiesti esclusivamente ai fini della selezione dei concorrenti, e non successivamente come criterio per valutare l'offerta.

Determinazione n. 4 del 20 maggio 2009 - Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici. L'Autorità ha osservato che, al fine di una corretta applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è cruciale tenere conto della netta distinzione, a partire dal bando e dai documenti di gara, tra i requisiti che devono possedere i concorrenti per partecipare alle gare ed i criteri di aggiudicazione dell'offerta.

Deliberazione n. 34 del 8 aprile 2009: con riferimento al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è conforme ai principi comunitari, che postulano una netta separazione tra i "requisiti soggettivi" economico-finanziari e tecnici di partecipazione di cui agli artt. 41 e 42 del D.lgs. 163/2006 e gli "elementi oggettivi" dell'offerta proposta, relativi ai profili tecnici ed al prezzo, il bando di gara che preveda la valutazione non di elementi rigorosamente oggettivi riferiti all'offerta, ma di elementi soggettivi riferiti ai proponenti, dovendosi evitare una commistione tra le due fasi di individuazione dell'offerta: quella della selezione dei partecipanti alla gara e quella della valutazione delle offerte.

Deliberazione n. 58 del 17 dicembre 2008: la stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Detta confusione si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale, che pone una chiara distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Anche se la certificazione di qualità è stata inserita anche tra i requisiti soggettivi di partecipazione, il fatto che la stazione appaltante l'abbia poi ripetuta tra gli elementi dell'offerta cui attribuire punteggio si pone, dunque, in contrasto con il principio sopra richiamato.

Deliberazione n. 44 del 1 ottobre 2008: non è conforme alla vigente normativa, operando una illegittima commistione tra requisiti di partecipazione ed elementi oggettivi dell'offerta, la previsione tra i criteri di valutazione dell'offerta dell'esperienza pregressa dell'impresa nelle lavorazioni oggetto dell'appalto.

Parere n. 124 del 23 aprile 2008: il principio secondo il quale l'amministrazione non può operare una illegittima commistione, preclusa sia dalla normativa comunitaria che da quella nazionale, tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, trova applicazione anche nell'espletamento dei concorsi di progettazione, in relazione ai quali, a norma dell'articolo 105 del d.lgs. n. 163/2006, le stazioni appaltanti applicano procedure conformi alle disposizioni della parte II del codice dei contratti. Nel caso in esame, nella fase di prequalificazione dei candidati che potranno essere ammessi a partecipare al concorso, è stata inserita l'offerta economica per l'onorario inerente la prestazione professionale che verrà successivamente affidata al primo classificato. Ciò è in contrasto con i principi sopra riportati, in

quanto l'offerta economica non rientra tra i criteri di selezione della capacità ed idoneità di un candidato.

Parere n. 92 del 20 marzo 2008: dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2007, recante “Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi”, si evince che, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità per la selezione dell'offerente e criteri di aggiudicazione per la selezione dell'offerta è rigorosa. Viene inoltre sancito che, qualora il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati criteri variabili, ma collegati esclusivamente all'oggetto dell'appalto e non alla capacità del prestatore. In particolare, gli elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti e non possono essere invece presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta. L'Autorità si è più volte pronunciata sull'argomento ritenendo che, nell'individuazione dei criteri di valutazione dell'offerta, laddove si ricorra al sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione non possa operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, che contrasta, peraltro, con la normativa comunitaria e con la normativa nazionale di riferimento. Nel caso di specie, l'Azienda istante riteneva che la Circolare sopra riportata non sarebbe vincolante e sarebbe in ogni caso inapplicabile ad una procedura in economia per un appalto sotto soglia comunitaria. L'Autorità invece dimostra che i principi enunciati dalla menzionata Circolare non possono trovare applicazione limitata ai soli appalti di rilevanza comunitaria, in quanto una portata applicativa così circoscritta risulta ingiustificata e non tiene conto del fatto che agli appalti sotto soglia si applicano comunque i principi comunitari di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Diversamente opinando, verrebbe altresì vanificata la ratio stessa della legislazione nazionale tesa, da un lato, a dare attuazione alle direttive comunitarie e, dall'altro, ad estendere ai contratti sotto soglia la disciplina prevista per i contratti sopra soglia, ad eccezione di alcune norme specificamente individuate, al fine di contemperare, in tal modo, l'esigenza di tutela dei principi di derivazione comunitaria con la necessità di una semplificazione delle procedure medesime. Peraltro, l'articolo 121 del Codice dei contratti, nel definire la disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, sancisce che ad essi si applicano, oltre alle disposizioni della Parte I, della Parte IV e della Parte V, anche le disposizioni della Parte II, in quanto non espressamente derogate dal Titolo II, tra cui rientrano certamente quelle relative ai criteri di selezione delle offerte di cui agli articoli 83 e seguenti del Codice. Conseguentemente, l'indebita commistione tra requisiti di selezione dell'offerente e requisiti di selezione dell'offerta non rispetta i principi sanciti dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007.

Parere n. 50 del 20 febbraio 2008: la Stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, come anche evidenziato dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale. Nel caso di specie, l'attribuzione di punteggio in ragione del possesso della certificazione ISO, non tiene in conto che quest'ultima, riguardando la capacità dell'operatore di eseguire il servizio oggetto dell'appalto, può essere richiesta

esclusivamente ai fini della selezione dei concorrenti, e non successivamente come criterio per valutare l'offerta.

Parere n. 37 del 14 febbraio 2008: la Stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, come anche evidenziato dalla Circolare della Presidenza del Consiglio del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale. Nel caso di specie l'aver previsto l'attribuzione di punteggio subordinatamente al possesso del certificato per il servizio di riscossione volontaria, introduce una commistione tra requisiti soggettivi di capacità tecnica e professionale dell'impresa e criterio di aggiudicazione.

Deliberazione n. 293 del 25 ottobre 2007: con riferimento al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è conforme ai principi comunitari, che postulano una netta separazione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e gli elementi oggettivi dell'offerta proposta, il bando di gara che, ai fini dell'aggiudicazione, preveda la valutazione non di elementi rigorosamente oggettivi riferiti all'offerta, ma di elementi "soggettivi" riferiti ai proponenti, dovendosi evitare una commistione tra le due fasi: quella della selezione dei partecipanti alla gara e quella della valutazione delle offerte.

Parere n. 58 del 4 ottobre 2007: la Stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Nel caso di specie, l'attribuzione di punteggio in ragione del possesso della certificazione ISO ed al numero di rapporti di brokeraggio, riguardano la capacità dell'operatore di eseguire il servizio oggetto dell'appalto, e possono essere richiesti esclusivamente ai fini della selezione dei concorrenti, e non successivamente come criterio per valutare l'offerta.

Parere n. 26 del 3 ottobre 2007: la Stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. La richiesta di referenze in ordine ai servizi analoghi prestati attiene alla fase della selezione dei partecipanti e non alla valutazione dell'offerta e, pertanto, dovrebbe essere inserita tra i requisiti di partecipazione.

Deliberazione n. 257 del 25 luglio 2007: non è conforme alla disciplina di settore l'operato della Stazione appaltante che, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, confonde i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

Deliberazione n. 247 del 12 luglio 2007: in una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le modalità di attribuzione del punteggio che contemplano una valutazione dei requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica dell'operatore, quali il fatturato, il numero medio di lavoratori dipendenti, la certificazione di qualità, lo stato patrimoniale, le esperienze di servizio oggetto della gara sono in contrasto con la normativa vigente.

Deliberazione n. 233 del 12 luglio 2007: nel bando della gara “de quo”, viene previsto il possesso del fatturato globale sia tra i requisiti di partecipazione, sia successivamente come elemento di valutazione dell’offerta, in presenza del quale vengono attribuiti punti 30. In realtà, il fatturato globale avrebbe dovuto essere collocato solo tra i requisiti di partecipazione, e non anche nella successiva fase di valutazione dell’offerta, fase questa, deputata esclusivamente alla valutazione di elementi che abbiano una diretta connessione con l’oggetto dell’appalto, quale non risulta chiaramente essere il fatturato globale di una impresa. Detta circostanza fa ritenere la previsione del bando di gara in contrasto con l’art. 41 del d.lgs. 163/06, ai sensi del quale il fatturato di un’impresa è requisito di partecipazione.

Deliberazione n. 220 del 28 giugno 2007: i criteri di valutazione dell’offerta relativi alla “Organizzazione dell’impresa” (con assegnazione di un punteggio subordinatamente alla dimostrazione da parte dell’impresa del fatturato globale e specifico dell’impresa nel triennio precedente e con riferimento alla dimostrazione del numero totale dei dipendenti ad una determinata data, nonché al numero medio annuo dei dipendenti e dirigenti impiegati nell’ultimo triennio, oltre all’assegnazione di un punteggio per il possesso dei certificati di qualità ai sensi delle norme UNI EN ISO 9000) non sono chiaramente collegati all’esecuzione del contratto, posto che non riguardano il momento valutativo dell’offerta, bensì sono facilmente riconducibili nell’alveo dei requisiti soggettivi di partecipazione. L’Autorità sul punto ha già avuto modo di precisare che la Stazione appaltante, nell’individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. Detta confusione, infatti, come anche di recente evidenziato dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale.

Deliberazione n. 209 del 27 giugno 2007: per la soluzione della controversia di che trattasi, è opportuno in primo luogo evidenziare che i criteri di valutazione dell’offerta contenuti nel Disciplinare di gara attengono ai requisiti di partecipazione e non all’esecuzione del contratto. Più specificamente, viene assegnato un punteggio subordinatamente alla dimostrazione del fatturato globale e specifico dell’impresa; viene attribuito un punteggio con riferimento alla dimostrazione del numero totale dei dipendenti, nonché al numero medio annuo dei dipendenti e dirigenti impiegati nell’ultimo triennio. Infine, viene assegnato un punteggio per il possesso dei certificati di qualità ISO. Detti criteri non sono collegati all’esecuzione del contratto, posto che non riguardano il momento valutativo dell’offerta, bensì sono riconducibili nell’alveo dei requisiti soggettivi di partecipazione. La Stazione appaltante, nell’individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. Detta confusione, infatti, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale.

Deliberazione n. 197 del 14 giugno 2007: nell’individuazione dei criteri di valutazione dell’offerta, laddove si ricorra al sistema di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’amministrazione non può operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. In particolare, ai fini della valutazione dell’offerta, non è consentito assegnare un punteggio in relazione ai requisiti volti ad assicurare che i concorrenti si pongano su livelli strutturali, funzionali ed economico finanziari tali da garantire la loro capacità di assolvimento dei compiti conseguenti all’aggiudicazione

dell'appalto: tali requisiti soggettivi, se utilizzati per graduare i punteggi di gara comportano la conseguenza di privilegiare i soggetti più strutturati, determinando una limitazione del mercato a favore delle imprese di maggiori dimensioni.

Deliberazione n. 185 del 14 giugno 2007: va riaffermata sul piano logico-formale la distinzione tra requisiti soggettivi e contenuto dell'offerta che deve essere valutata sulla base delle caratteristiche proprie del servizio da appaltare. Pertanto, non è conforme a quanto sopra riportato individuare, come criteri di valutazione delle offerte, l'elenco delle attrezzature e macchinari, l'importo del fatturato e del numero medio di lavoratori dipendenti nell'ultimo triennio. Tali elementi infatti attengono direttamente all'offerente e non al merito tecnico dell'offerta e dunque possono essere assunti a requisiti di prequalificazione delle imprese ai fini della partecipazione alla gara ma non possono essere valutati ai fini dell'aggiudicazione del servizio. L'Autorità ritiene che i criteri per la valutazione dell'offerta relativi ai requisiti di organizzazione aziendale del concorrente sono da considerarsi requisiti soggettivi di partecipazione alla gara.

Deliberazione n. 37 del 23 maggio 2007: è noto che la fissazione di elementi di valutazione non attinenti al contenuto oggettivo dell'offerta (e dunque alla fase di aggiudicazione) bensì al profilo dell'impresa (e dunque alla fase di accertamento dell'idoneità dei concorrenti) è inammissibile in base al principio generale, derivante dalle direttive comunitarie, secondo cui le varie fasi che compongono le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (in particolare, la fase di accertamento dell'idoneità degli imprenditori e quella di affidamento dell'appalto) devono mantenersi tra loro separate e distinte. Tra l'altro, si rammenta che in virtù delle disposizioni recate dall'art. 1 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., i requisiti di ordine generale, tecnico ed organizzativo che devono essere posseduti dalle imprese per poter partecipare alle gare d'appalto di lavori pubblici, dettagliatamente individuati agli artt. 17 e s.s. dello stesso regolamento, devono intendersi come inderogabili da parte della stazione appaltante, che non può prevedere requisiti maggiori od ulteriori rispetto a quelli fissati già dalla legge. Pertanto, l'introduzione nel bando di gara di elementi di valutazione riferiti al profilo dell'offerente (quali, ad esempio, il numero di uomini in forza nell'impresa a partire da un determinato periodo, il fatturato medio globale dell'ultimo triennio, ecc.), risulta in contrasto sia con la norma di cui all'art 30, n. 1, lett. a), della direttiva 93/37/CEE sia con le disposizioni in materia di requisiti per la partecipazione alle gare stabilite dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e dai relativi regolamenti attuativi.

Deliberazione n. 30 del 6 febbraio 2007: per la soluzione della controversia di che trattasi, si deve innanzitutto precisare che nell'individuazione dei criteri di valutazione dell'offerta, laddove si ricorra al sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione non può operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Detta commistione si pone, infatti, in contrasto, sia con la normativa comunitaria, sia con la normativa nazionale di riferimento che pongono una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, appare chiaro il quadro normativo e giurisprudenziale in materia di scelta degli elementi di valutazione per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ossia è ormai assodato senza più alcun dubbio il principio secondo il quale non bisogna confondere i requisiti che attengono alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa degli operatori economici con gli elementi per valutare la qualità delle offerte dagli stessi presentate, fatti salvi i casi in cui dall'esperienza e capacità maturate da una concorrente possano effettivamente trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni e dell'affidabilità dell'impresa, sempreché tali aspetti non risultino preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta.

Purtroppo, un argomento così dibattuto e delicato continua ad essere spesso male applicato da molte stazioni appaltanti, come dimostra la numerosa giurisprudenza e l'intensa attività dell'Autorità di vigilanza in tale materia.

Viene da chiedersi, allora, per quale motivo, nonostante gli interventi correttivi ed interpretativi da più parti messi in atto, siano così frequenti i casi di cattiva applicazione della normativa qui esaminata?

Ed ancora, se dopo quasi un lustro dalla emanazione della circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007 si continuano a bandire gare, di rilievo comunitario e non, con l'illegittima commistione tra requisiti speciali di partecipazione ed elementi di valutazione delle offerte, perché non si ha notizia circa l'effettiva applicazione delle sanzioni previste nella citata circolare, ossia che in caso di inosservanza degli obblighi in essa stabiliti si incorrerà nella responsabilità amministrativa per danno all'erario, con conseguenziali provvedimenti a carico dei pubblici funzionari che vi hanno dato causa?

Lasciando al lettore le risposte ed ogni valutazione in merito, non va sottaciuto che questo modo di operare può portare, nei casi più gravi e patologici, alla produzione dei cosiddetti "bandi fotografia", cioè bandi di gara in cui sia la qualificazione delle imprese concorrenti sia la valutazione delle offerte presentate sono fatta su misura di una determinata impresa alla quale voler affidare l'appalto.

Mentre sarebbe opportuno un maggior controllo da parte delle Autorità pubbliche competenti, AVCP e Corte dei Conti in primis, nondimeno sarebbe apprezzabile che gli addetti ai lavori operassero una seria e continua riflessione sulla necessità e sull'importanza di operare per una pubblica amministrazione esente da errori in materia di contrattualistica pubblica: chi scrive spera di poter contribuire con il presente lavoro a quest'ultima attività virtuosa.

Massimo Urbani (*)

(*) Esperto in contrattualistica pubblica.

Già Responsabile di Uffici gare e contratti di ENEA, CONSOB e DIGITPA.
(novembre 2011).