

queste istituzioni

**Commissione giudicatrice
e criteri di valutazione delle offerte
negli appalti pubblici**

Francesco Blasi

Numero 3/2024

9 ottobre 2024

Commissione giudicatrice e criteri di valutazione delle offerte negli appalti pubblici

di Francesco Blasi*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il rapporto della commissione giudicatrice con i criteri di valutazione delle offerte negli appalti pubblici: brevi cenni ricostruttivi. – 3. Le coordinate delineate dalla giurisprudenza. – 4. Analisi di un caso di modifica dei criteri di valutazione ad opera della commissione giudicatrice. – 5. Considerazioni conclusive.

Sintesi

Nelle procedure ad evidenza pubblica indette sulla base del criterio del rapporto qualità-prezzo, la commissione giudicatrice svolge un ruolo particolarmente delicato, volto ad interpretare e conseguentemente applicare i criteri di valutazione delle offerte prescritti dalla legge di gara.

In questa prospettiva, assume interesse approfondire il rapporto tra la commissione giudicatrice e i criteri di valutazione delle offerte al fine di delineare il margine di apprezzamento di cui dispone la commissione nella modifica o integrazione degli stessi durante l'espletamento delle proprie funzioni.

Il lavoro prende le mosse dalla disamina dell'evoluzione storica dell'istituto e dei principali approdi giurisprudenziali in materia, per poi passare ad analizzare un caso di modifica dei criteri di valutazione ad opera di una commissione giudicatrice acclarato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1556/2024, al fine di verificare la portata applicativa dei principi giurisprudenziali affermatasi al riguardo.

Abstract

In public tender procedures based on the quality-price ratio criterion, the Judging Commission plays a particularly delicate role, aimed at interpreting and consequently applying the procurement evaluation criteria prescribed by the tender law.

In this perspective, it's interesting to examine the relationship between the Selection Committee and the criteria for evaluating the offers, in order to outline the margin of appreciation available to the administration in their modification or integration during the performance of its functions.

The paper starts from the examination of the historical evolution of the institute and the main jurisprudential findings on the matter and then moves on to analyze a case of modification of the evaluation criteria by a Judging Commission ascertained by the Council of State with the judgement no. 1556/2024, to verify the practical scope of the jurisprudential principles established in this regard.

Parole chiave

Appalti pubblici; Commissione giudicatrice; Criteri di valutazione delle offerte; Offerta economicamente più vantaggiosa.

* Dottorando di ricerca in “Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo” presso il Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo dell'Università degli studi di Bari.

1. Introduzione.

Tra i diversi compiti attribuiti dalla disciplina vigente alla commissione giudicatrice vi è quello di selezionare la migliore offerta nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹.

In particolare, la commissione non si occupa solamente di analizzare gli aspetti prettamente economici delle offerte presentate dai partecipanti, bensì estende il suo “*sindacato ispettivo*” anche ai profili più squisitamente tecnici, andando ad “*approfondire*” e a “*comprovare*” le capacità professionali degli operatori economici offerenti². La suddetta attività è delineata dai criteri di valutazione delle offerte che la commissione giudicatrice è chiamata ad interpretare e conseguentemente applicare ai fini dell'attribuzione dei punteggi alle offerte dei concorrenti di gara.

Ci si chiede, pertanto, come debba essere delineata l'attività della commissione giudicatrice sui criteri di valutazione delle offerte e quali siano i criteri e i principi su cui debbano basarsi i commissari al momento in cui sono chiamati a confrontarsi con la *lex specialis* per individuare il “*miglior offerente*”.

2. La disciplina normativa relativa al rapporto della commissione giudicatrice con i criteri di valutazione delle offerte: brevi cenni ricostruttivi.

La questione relativa all'attività della commissione giudicatrice sui criteri di valutazione delle offerte stabiliti dagli atti di gara non ha mai ricevuto una specifica disciplina normativa, come dimostra l'assenza di alcun riferimento nei tre Codici dei contratti pubblici che si sono succeduti. L'analisi evolutiva del dato normativo si rende dunque imprescindibile.

Il primo Codice dei contratti pubblici³, nella sua originaria formulazione, all'art. 83, comma 4, prescriveva che “*Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi*” e, al terzo periodo, stabiliva che “*La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per*

¹ La nomina, la composizione e l'attività svolta dalla commissione giudicatrice è disciplinata dall'art. 51 (per quanto concerne gli appalti di importo inferiore alle soglie europee) e dall'art. 93 del D.Lgs. n. 36/2023.

In tema di commissione giudicatrice, si rinvia a *ex multis* M. BONOMI, *Pertinenza della professionalità dei componenti della commissione di gara allo specifico settore oggetto del contratto*, in *lamministrativista.it*, 2016; R. COLAGRANDE, C. FANASCA, *Commissioni di gara*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, “*Trattato sui Contratti pubblici*”, III, Giuffrè, 2019, pp. 393 e ss.; F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *Le Commissioni giudicatrici*, in F. Caringella - M. Giustiniani - P. Mantini, *I contratti pubblici: trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Dike Giuridica, 2021, pp. 1115 e ss.; L. PONZONE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Neldiritto Editore, 2023, pp. 326 e ss.; G. SIMONE, *Sulle regole applicabili per la nomina della Commissione giudicatrice e sugli effetti dell'incompetenza dei commissari*, in *lamministrativista.it*, 29 Aprile 2022.

² In tal senso F. MUZZATI, *Un breve sguardo al ruolo delle Commissioni giudicatrici nel rinnovato sistema codicistico*, in *Urbanistica e appalti* n. 3, 1° maggio 2024, pp. 293 e ss.

³ *i.e.* D.Lgs. 12.04.2006, n. 163.

*attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando*⁴.

La Corte di Giustizia Europea ha ritenuto, a più riprese⁵, che non si pone in violazione del diritto dell'Unione Europea l'attribuzione da parte della commissione giudicatrice di pesi relativi ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del Capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione: non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel Capitolato d'oneri o nel bando di gara; non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione; non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti⁶.

Pertanto, la previsione di cui al terzo periodo dell'art. 83, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 è stata poi successivamente abrogata dall'art. 1, comma 1, lettera u), D.Lgs. n. 152/2008 su impulso della Corte di Giustizia Europea e, in particolare, della Commissione europea, la quale nella decisione 31 gennaio 2008⁷ aveva sottolineato, in osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, la necessità che tutti i criteri da utilizzare per l'aggiudicazione dell'appalto dovessero essere messi a disposizione dei concorrenti prima che questi formulassero le offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto, garantendo così una valutazione delle offerte il più possibile ancorata a parametri predeterminati, univoci ed obiettivi⁸. La suddetta soppressione rappresentava, quindi, la risposta italiana alle critiche mosse dalla Commissione europea secondo cui tutti i criteri di valutazione dell'offerta devono essere fissati nella legge di gara⁹.

È, così, emersa la difficoltà di assegnare effettivamente alla stazione appaltante e alla commissione di gara la titolarità di distinti e non sovrapponibili poteri, attribuendo alla stazione appaltante il compito di definire i criteri di analisi delle offerte e di individuare, se necessario, le

⁴ Per una esaustiva ricostruzione della disciplina durante la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, *ex multis* F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La disciplina dei Contratti pubblici*, IPSOA, 2007, pp. 756 e ss.; D. GREGORI, W. TONIATI, *Le gare con l'offerta economicamente più vantaggiosa*, IPSOA, 2007; C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, UTET Giuridica, 2010, pp. 647 e ss.; V. DI GREGORIO, *L'appalto privato e pubblico*, UTET Giuridica, 2013, pp. 535 e ss.

⁵ Corte Giust. CE, sez. II, 24 novembre 2005, causa C-331/04; Corte Giust. CE, sez. I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06.

⁶ Corte Giust. CE, causa C-331/04, cit.

⁷ La Commissione europea con decisione 31 gennaio 2008 ha aperto nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione 2007/2309 ai sensi dell'art. 226 TFUE, relativa al Codice dei contratti pubblici, in cui si contesta un incompleto o infedele recepimento della Direttiva 2004/17/CE e della Direttiva n. 2004/18/CE.

In dottrina, R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 1° giugno 2008, pp. 665 e ss.

⁸ L. FIORENTINO, *Il terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici - Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 1° aprile 2009, pp. 364 e ss.

⁹ R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, *Urbanistica e appalti*, n. 11, 1° novembre 2008, pp. 1225 e ss.

articolazioni dei criteri medesimi ed alla commissione, prima dell'apertura delle buste, il compito di fissare i soli criteri motivazionali cui attenersi nell'attribuzione dei punteggi¹⁰.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, all'art. 95, comma 8, veniva prescritto che “*I documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi*”¹¹.

Il secondo Codice dei contratti pubblici non conteneva riferimenti, nello specifico, ai criteri motivazionali, ma prevedeva la necessità di accompagnare i criteri di aggiudicazione con “*specifiche*” che consentissero l'efficace verifica delle informazioni rese dai concorrenti¹².

Inoltre, la formulazione del suddetto articolo non riconosce alla commissione giudicatrice la possibilità (anche se ammessa dalla Corte di Giustizia Europea) di attribuire un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, con ripartizione dei punti previsti dalla stazione appaltante al momento della redazione del Capitolato d'oneri o del bando di gara, segnando un netto distacco con quanto precedentemente prescritto dal D.Lgs. n. 163/2003.

Senza apportare sostanziali novità rispetto alla previgente disciplina¹³, l'art. 108, comma 7, del vigente Codice dei contratti pubblici¹⁴ prescrive, per quel che è qui d'interesse, che “*I documenti di gara*

¹⁰ F. SILERI, C. SILVESTRO, *Il D.Lgs. 152/2008 sposa il rigore sui criteri di valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose - il commento*, Urbanistica e appalti, n. 12, 1° dicembre 2008, pp. 1457 e ss.

In tal senso anche I. FRANCO, *Trasparenza e pubblicità nelle gare di appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in Urbanistica e app., 2009, pp. 137 e ss.; B.G. CARBONE, *La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel d.lg. 152/2008 (terzo correttivo al d.lg. 163/2006)*, in Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale, a cura di Franchini, Tedeschini, Torino, 2009, pp. 193 e ss.

¹¹ Per una ricostruzione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, in dottrina *ex multis* P. COSMAI, R. IOVINO, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 265 ss.; C. LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, in Il nuovo codice dei contratti pubblici, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 4/2016, pp. 459 ss.; C. LAMBERTI, S. Villamena, *Nuove direttive appalti: “sistemi di selezione” e “criteri di aggiudicazione”*, in Urbanistica e app., nn. 8-9, 2016, pp. 873 e ss.; P. CHIRULLI, *Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di G.M. Esposito, UTET, 2017, pag. 1226 ss.; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2017, pp. 97 e ss.; GUZZO, *I criteri di selezione delle offerte negli appalti pubblici: sistemi a confronto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 maggio 2018; G. GRASSO, *I criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in C. Contessa, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, La Tribuna, 2020, pp. 402 e ss.; A. CARULLO - G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici*, Wolters Kluwer, 2022, pp. 952 e ss.

¹² M. CORRADINO, D. GALLI, D. GENTILE, M. C. LENOCI, C. MALINCONICO, *I Contratti pubblici*, Wolters Kluwer, 2017, pag. 780.

¹³ Da una semplice analisi comparativa del testo del 95, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 108, comma 7, del D.Lgs. n. 36/2023, è possibile ravvisare, per quel che è la tematica d'interesse, una quasi identità di testo delle due disposizioni prese in esame. In particolare, come specificato nella relazione illustrativa del Consiglio di Stato al D.Lgs. n. 36/2023, la previsione del nuovo codice corrisponde all'art. 67, par. 5, della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁴ Il D.Lgs. 31.03.2023 n. 36, entrato in vigore il 1° aprile 2023, ha acquisito efficacia il 1° luglio 2023, data anche di abrogazione del D.Lgs. n. 50/2016. Vi è stato, però, un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2023, durante il quale è stata estesa la vigenza di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016, del D.L. semplificazioni (D.L. n. 76/2020) e del D.L. semplificazioni-bis (D.L. n. 77/2021).

oppure, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forcilla in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi...”.

La soluzione al quesito postoci deve essere ricercata, pertanto, nella giurisprudenza.

3. Le coordinate delineate dalla giurisprudenza.

Stante l'assenza di una specifica determinazione normativa, la giurisprudenza amministrativa, durante la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016, si è occupata, a più riprese, di delineare il rapporto tra la commissione di gara e i criteri di valutazione delle offerte stabiliti dalla *lex specialis*. Secondo un principio consolidato, “nelle procedure a evidenza pubblica è preclusa la modifica, l'integrazione o la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice, la quale, se prima dell'apertura delle buste può specificare in sub-criteri o sub-pesi (c.d. criteri motivazionali) i parametri di valutazione indicati nel bando di gara, non può farlo dopo l'apertura e, men che meno, può, oltre questo specifico momento del procedimento di gara, introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione”¹⁵.

La commissione giudicatrice può autovincolare il potere discrezionale ad essa attribuito dai criteri di valutazione stabiliti dagli atti di gara, senza modificare in alcun modo questi ultimi, ma, ad ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, può solo specificare le modalità applicative di tale operazione, con criteri definiti “motivazionali”, sempre che ciò non avvenga a buste già aperte e che in ogni caso non si modifichino i criteri di valutazione e i fattori di ponderazione fissati nel bando di gara; in particolare la modifica non è consentita quando la commissione enuclea sub-criteri di valutazione non previsti dal bando o alteri il peso di quelli contemplati dalla *lex specialis*¹⁶. Ne consegue, pertanto, che la commissione giudicatrice è tenuta ad attenersi scrupolosamente ai sub-criteri indicati nella *lex specialis*, essendole preclusa la

Il D.Lgs. n. 36/2023 è stato adottato in attuazione della L. 21 giugno 2022, n. 78, recante “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 giugno 2022, con l'obiettivo di adeguare la normativa nazionale in materia di contratti pubblici al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate (cfr. art. 1, comma 1, L. n. 78/2022).

Tra i primi commentatori del nuovo Codice dei contratti pubblici, si rinvia a P. COSMAI, A. BUONANNO, *La riforma del Codice appalti*, CEDAM, 2023; F. CARINGELLA (cur.), *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Giuffrè, 2023; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, 2024; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici*, NeldirittoEditore, 2024.

¹⁵ TAR Latina, 19.09.2019, n. 548; *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 18.06.2018, n. 3737; *id.*, sez. V, 02.08.2016, n. 3481; *id.*, sez. VI, 17.05.2010, n. 3052; *id.*, sez. V, 15.02.2010, n. 810; TAR L'Aquila, 11.02.2017, n. 75; TAR Torino, 13.05.2016, n. 639.

¹⁶ In tal senso Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481; *id.*, 03.06.2013, n. 3036; *id.*, 19.09.2012, n. 4971; *id.*, sez. V, 18.06.2018, n. 3737.

possibilità di disapplicare e/o modificare gli stessi, pena illegittimità dei propri atti e la violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza.

Rispetto alla funzione valutativa della commissione, alla stazione appaltante spetta il compito d'individuazione e conformazione in via anticipata dei criteri e delle modalità di valutazione delle offerte all'interno del bando e del disciplinare di gara. Tale attività rappresenta un autovincolo¹⁷ della propria discrezionalità da parte della stazione appaltante che sarà tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni¹⁸. Infatti, il bando, costituendo la *lex specialis*, deve essere interpretato in termini strettamente letterali¹⁹, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara fissate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l'Amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva²⁰.

Inoltre, *“la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro*

¹⁷ È confermata l'applicazione del principio dell'autovincolo anche nelle procedure di gara disciplinate dal D.Lgs. n. 36/2023, come precisato da una recente sentenza del Consiglio di Stato, secondo cui *“Il rispetto dell'autovincolo, giova ribadire per ragioni di completezza espositiva, è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023)”* (Consiglio di Stato, sez. V, 24.05.2024 n. 4659). Inoltre, la suddetta sentenza spiega come *“secondo il principio dell'autovincolo, la Stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti ... L'autovincolo costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'Amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della Commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti (Cons. Stato, n. 3180 del 2021; id. n. 7595 del 2019).”*

¹⁸ L. A. BUONGIORNO, *I protagonisti delle procedure di gara: RUP e Commissione di gara tra incompatibilità e incompetenza*, Urbanistica e appalti, n. 5, 1° settembre 2022, p. 596.

¹⁹ Il primato del canone ermeneutico letterale nell'interpretazione delle prescrizioni connotanti la disciplina di gara, è stato riconosciuto da pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui *“le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale”*, per cui *“secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale”* (Cons. Stato, sez. V, 25.06.2021, n. 4863; id., 31.03.2021, n. 2710; id., 26.03.2020, n. 2130; id., 29.11.2019, n. 8167; id., 12.09.2017, n. 4307).

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 02.03.2021, n. 1788; id., sez. III, 15.02.2021, n. 1322; id., sez. III, 20.04.2021, n. 3180; id., sez. V, 27.12.2019, n. 8821.

espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni”²¹.

La commissione giudicatrice, pertanto, non solo è incompetente a modificare, integrare o specificare i criteri di valutazione delle offerte, ma detta attività si porrebbe in contrasto con il principio dell'autovincolo, posto che la commissione di gara è vincolata al rispetto di quanto discrezionalmente stabilito dalla stazione appaltante nella *lex specialis*.

Tale orientamento è stato precisato dal Consiglio di Stato, il quale ha affermato che la fissazione di criteri motivazionali per l'attribuzione, a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione, del punteggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando di gara ad opera della commissione giudicatrice è legittima purché siano rispettati precisi limiti:

a) il limite temporale fondamentale e imprescindibile, costituito dall'apertura delle buste, nel senso che la specificazione dei criteri di valutazione deve essere sempre anteriore all'apertura delle buste;

b) il limite sostanziale rappresentato dal divieto di innovare i parametri valutativi fissati dalla legge di gara²².

In definitiva, qualora la commissione giudicatrice vada a modificare, integrare o specificare i criteri di valutazione delle offerte o non rispetti i predetti limiti, l'attribuzione dei punteggi si appaleserebbe viziata in radice e il suo annullamento determinerebbe l'obbligo di procedere alla riedizione del potere a partire dal segmento del procedimento ritenuto viziato²³.

4. Analisi di un caso di modifica dei criteri di valutazione ad opera della commissione giudicatrice.

Al fine di delineare la concreta portata delle argomentazioni di cui al paragrafo che precede, assume interesse analizzare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VII, n. 1556 del 16.02.2024, costituente un caso emblematico - verificatosi durante la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 - in cui una commissione giudicatrice non ha rispettato le direttive comportamentali delineate dalla legge e dalla giurisprudenza.

Nella specie, la vicenda ha ad oggetto una procedura per l'affidamento della concessione di un'area demaniale marittima per finalità turistico-ricreative accessibili a persone diversamente abili.

Per quel che è qui d'interesse, il bando di gara, al criterio “*incremento occupazione*” prescriveva la “*attribuzione di 0,5 punti per ogni unità impiegata nei servizi necessari alla realizzazione della SLS accessibile*”.

Alla luce della suddetta prescrizione della *lex specialis*, la commissione giudicatrice rendeva noto attraverso una relazione di chiarimenti che, in merito al suddetto criterio - successivamente all'apertura

²¹ Cons. St., sez. V, 17.07.2017, n. 3502.

²² Cons. Stato, Sez. V, 13.06.2022, n. 4793.

²³ In tal senso Cons. Stato, n. 4793/2022, cit.

delle offerte - aveva proceduto ad attribuire alle partecipanti 1 punto per ogni dipendente assunto con contratto stabile di lavoro, 1/3 punti per ogni dipendente assunto con contratto stagionale di lavoro.

La seconda classificata alla suddetta procedura proponeva ricorso innanzi al TAR Puglia - sez. di Lecce lamentando - tra le varie censure - l'illegittimità dell'attività posta in essere dalla commissione esaminatrice e l'incompetenza della stessa ad adottare dei nuovi e diversi sub-criteri, andando a disapplicare quelli stabiliti dalla stazione appaltante nel bando di gara.

Il giudice di primo grado rigettava il ricorso rilevando che *“la commissione attribuiva lo stesso punteggio alle due offerte tenendo conto del fatto che la P.S. (ricorrente) prevedeva un organico più ampio, di 20 unità, ma tutte in modalità part time, mentre la P.SO. (controinteressata) prevedeva un organico più ridotto, di 12 unità, 4 delle quali tuttavia occupate non solo per la stagione estiva ma per l'intero anno (cfr. relaz. di chiarimenti prot. n. 0134398 del 20 luglio 2022), sicché, sul piano appunto dell'incremento occupazionale, le due offerte venivano ragionevolmente equiparate”*²⁴.

Il suddetto impianto motivazionale della sentenza è stato impugnato dall'appellante posto che il TAR non aveva tenuto conto della censura secondo cui i criteri previsti dal bando (0,5 punti per dipendente) erano stati stravolti (prevedendo 1 punto per dipendente stabile, 1/3 punti per dipendente stagionale), intervenendo a gara ormai avviata, ed anzi dopo l'apertura delle buste (e oltretutto sbagliando il relativo calcolo), con una irrimediabile lesione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento dei concorrenti.

Il sopraindicato motivo di appello è stato accolto dal Supremo Consesso amministrativo, il quale ha riconosciuto che la commissione di gara ha modificato i criteri di assegnazione del punteggio previsti dal bando ed ha annullato il contestato nuovo sub-criterio di attribuzione del punteggio, prevedendo invece che debba essere applicato il diverso criterio previsto *ab origine* dalla legge di gara.

L'applicazione dell'originario criterio di calcolo del punteggio previsto dal bando, in accoglimento dell'appello, ha comportato la modifica della graduatoria finale ponendo al primo posto l'appellante. Infatti, alla voce *“incremento dell'occupazione”*, il bando prevedeva l'attribuzione di 0,5 punti per ogni dipendente impiegato, e la sua applicazione avrebbe dovuto comportare l'attribuzione di 10 punti in favore dell'appellante (con un organico di 20 dipendenti) e di 6 punti in favore della controinteressata (con un organico di 12 dipendenti), con un divario di 4 punti in favore dell'appellante. Al contrario, il nuovo criterio illegittimamente introdotto aveva comportato l'attribuzione di 1 punto per ogni dipendente stabile (quindi 4 punti per la sola controinteressata) e di 1/3 punti per ogni dipendente stagionale (quindi meno di 7 punti per la controinteressata e poco più di 3 punti per l'appellante incidentale) con un divario di circa un punto in favore della controinteressata.

Ne consegue che l'accoglimento dei predetti motivi è stato dirimente ai fini della modifica della precedente illegittima aggiudicazione, precedentemente disposta in favore della controinteressata con 84 punti complessivi rispetto agli 82,65 punti complessivi dell'appellante.

²⁴ TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 16.01.2023, n. 58.

5. Osservazioni conclusive.

Le coordinate del rapporto tra la commissione di gara e i criteri di valutazione delle offerte delineate dalla giurisprudenza sono certamente condivisibili. Limitando l'intervento della commissione giudicatrice sui criteri di valutazione delle offerte si garantisce un contesto in cui i concorrenti sono in grado di concorrere lealmente sulla base di regole predefinite dalla stazione appaltante, garantendo in questo modo anche i principi di buona fede e tutela dell'affidamento prescritti dal D.Lgs. n. 36/2023²⁵.

Alla luce della delicatezza ed importanza, nonché dei riflessi applicativi del tema *de quo*, sarebbe auspicabile l'attivazione di un procedimento di positivizzazione della giurisprudenza amministrativa esaminata, attraverso una specifica previsione del Codice dei Contratti pubblici, al fine di delineare anche dal punto di vista codicistico il campo di operatività della commissione giudicatrice e garantire, in questo modo, una maggiore certezza delle posizioni giuridiche degli operatori economici.

²⁵ L'art. 5 del D.Lgs. n. 36/2023 prescrive, infatti, che “1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”.

Tra i primi commentatori sui principi del nuovo Codice dei contratti pubblici, L. R. FERRETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, Urbanistica e appalti, n. 1, 1° gennaio 2023, p. 5; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; S. COCCHI, *Pillole del nuovo codice appalti*, Azienditalia, n. 5, 1° maggio 2023, pp. 685 e ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.