

L'offerta economicamente più vantaggiosa e la Commissione giudicatrice (una breve panoramica della relativa disciplina e alcune indicazioni operative).

La disciplina della Commissione giudicatrice (nomina, composizione, cause di incompatibilità, funzionamento) è strettamente connessa e consequenziale a quella del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 del Codice dei contratti).

Come è noto, in base all'art. 81 del Codice, i criteri di aggiudicazione sono costituiti dal prezzo più basso e dall'offerta economicamente più vantaggiosa.

Spetta alla Stazione appaltante la scelta del più adeguato tra tali criteri, in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto da aggiudicare (art. 81, comma 2, Codice).

Quanto più è complessa la prestazione da affidare e da valutare (in quanto ai concorrenti siano assegnati margini di discrezionalità nel formulare la propria offerta, eventualmente con presentazione di varianti), tanto più risulterà necessaria l'applicazione di un criterio a sua volta discrezionale ed elastico, qual'è appunto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: esso, infatti, prende in considerazione anche i profili tecnico/qualitativi delle offerte e non solo il relativo ribasso economico.

L'art. 83 del Codice indica taluni parametri di valutazione, che possono essere presi in considerazione a tale scopo. Si tratta, com'è noto, della qualità, del pregio tecnico, delle caratteristiche estetiche e funzionali, nonché ambientali, del contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; del costo di utilizzazione o manutenzione, della redditività, del servizio successivo alla vendita, dell'assistenza tecnica, della data di consegna ovvero del termine di consegna o di esecuzione; dell'impegno in materia di pezzi di ricambio, della sicurezza di approvvigionamento, etc..

I criteri elencati dall'art. 83 sono qualificati espressamente come "esemplificativi" e, dunque, la Stazione appaltante può anche introdurne di diversi (o non avvalersi di tutti quelli ivi elencati). Né in linea di massima esiste una rigidità nell'assegnare a ciascuno di essi il relativo "peso" ponderale, salva l'applicazione dei ben noti principi di adeguatezza e proporzionalità.

La *ratio* della previa individuazione dei criteri e del loro "peso" nell'aggiudicazione dell'offerta è puntualmente descritta dal 46° considerando della Direttiva 18/04/CE: l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza.

Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti è opportuno prevedere l'obbligo di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Spetta quindi alle Amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le offerte.

Non vi è un obbligo di motivare la scelta dei criteri e l'assegnazione ad essi del relativo peso. Tuttavia, un sindacato "debole" in ordine a tali elementi è ammesso dalla giurisprudenza, sotto il profilo dell'eccesso di potere, qualora vengano utilizzati criteri non adeguati rispetto all'oggetto del contratto, oppure illogici o eccessivamente "sbilanciati" a favore di taluni elementi dell'offerta di rilievo marginale (o, ancora, quando al profilo economico risulti assegnata un'importanza eccessiva).

Costituisce acquisizione pacifica che i criteri e le relative declinazioni (tramite sub criteri, pesi etc.) costituiscano altrettanti parametri vincolanti per la Commissione giudicatrice, che, giusta la previsione dell'art. 84, comma 1, del Codice, dev'essere necessariamente nominata, allorquando la selezione della migliore offerta sia operata utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 84 del Codice disciplina gli aspetti essenziali, per quanto riguarda i profili strutturali ed organizzativi della Commissione giudicatrice, rinviando per i dettagli al Regolamento (di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207).

Secondo la consolidata giurisprudenza, le norme relative alla composizione e alle modalità di nomina della Commissione giudicatrice presentano un rilievo cogente: l'eventuale violazione di tali norme comporta un vizio nella composizione della Commissione stessa, idoneo ad inficiare l'intera procedura di gara.

Ciò in quanto si tratta di norme poste a tutela della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti (cfr. tra le tante T.A.R. Piemonte, Sez. II, 16 febbraio 2008 n. 266, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 febbraio 2008 n. 905, C. di Stato, Sez. V, 15 maggio 2006 n. 2711).

Le norme che disciplinano la costituzione e il funzionamento della Commissione sono, infatti, tese ad esplicitare e garantire quei principi di imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti, cui le procedure di evidenza pubblica devono informarsi.

L'art. 84, comma 2, D.Lgs. 163/06, prevede che la nomina della Commissione rientri nella competenza dell'organo della Stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2007 n. 2223). Per tale ragione, è stata ad esempio reputata illegittima la nomina della Commissione (o anche solo di taluni suoi componenti) operata da Amministrazione diversa da quella preposta all'aggiudicazione dell'appalto (cfr. in proposito, da ultimo, T.A.R. Piemonte, 10 marzo 2012 n. 336).

La Commissione giudicatrice deve essere composta da un numero dispari (fino a cinque) commissari *“esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”* (art. 84, comma 2). Il Codice ha così recepito il principio della composizione eminentemente tecnica della Commissione giudicatrice.

Sul punto si registrano sovente pronunce della giurisprudenza, in base alle quali: *“L'art. 84 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui richiede che i membri della commissione di gara siano esperti dello specifico settore cui si riferisce l'appalto, va interpretato secondo un canone di ragionevolezza, nel senso che detta norma richiede soltanto che i commissari abbiano un background di competenze tecniche tali da consentire ad essi di apprezzare i contenuti tecnici delle proposte provenienti dai concorrenti, per il che è sufficiente che i componenti la commissione posseggano un bagaglio di conoscenze, sicuramente afferenti allo specifico settore oggetto della gara, ma al tempo stesso di base, in modo tale da poter valutare con sufficiente grado di consapevolezza i contenuti delle proposte sottoposte al loro esame”* (cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. I, n. 2111/10 e, in termini analoghi, T.A.R. Piemonte, 8 aprile 2009 n. 954).

L'art. 84 del Codice prospetta, poi, una dettagliata serie di regole, preordinate alla salvaguardia dei richiamati principi (di trasparenza, imparzialità e *par condicio*).

In primo luogo, il comma 3 prevede che la Commissione giudicatrice sia di norma presieduta da un Dirigente della Stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario incaricato di funzioni apicali. Proprio per il carattere cogente della disciplina, è stata reputata illegittimamente composta la Commissione presieduta dal Dirigente di un'amministrazione diversa da quella competente all'affidamento del contratto.

Il comma 4 dispone che i commissari diversi dal Presidente non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta (ad esempio non possono ricoprire al contempo il ruolo di Responsabile del procedimento, ovvero di Direttore lavori).

Il comma 5 stabilisce che coloro che nel biennio precedente (all'indizione della gara) hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore non possono far parte di Commissioni giudicatrici nominate da Stazioni appaltanti per cui hanno prestato servizio.

Per il comma 6 sono esclusi da successivi incarichi di commissario i soggetti che, in qualità di componenti di Commissione giudicatrice, abbiano concorso con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale, con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi: si tratta di previsione che presenta qualche dubbio interpretativo, non essendo precisato quale sia la "sede giurisdizionale" rilevante ai suoi effetti (potrebbe trattarsi di pronunce della Corte dei Conti o del Giudice penale, ma in ipotesi anche del Giudice amministrativo, ancorché la sua cognizione non si estenda normalmente alla valutazione dei profili soggettivi della condotta dei Commissari).

Per quanto concerne il regime delle incompatibilità, si applica l'art. 51 c.p.c. e cioè la norma che regola l'obbligo di astensione dei Magistrati. L'art. 120, comma 5, del Regolamento (d.P.R. 207/2010) prevede espressamente l'obbligo dei Commissari, al momento dell'accettazione dell'incarico, di autocertificare l'insussistenza delle predette cause di incompatibilità. Secondo la giurisprudenza, tuttavia, l'omessa verbalizzazione della mancanza delle cause di incompatibilità costituisce vizio della procedura solo nei casi in cui vi siano effettivamente cause ostative alla partecipazione alle operazioni dei singoli componenti (C. di Stato, Sez. VI, 3 giugno 2010 n. 3496). Diversamente, essa è priva di rilievo e non determina alcun profilo di illegittimità.

Per quanto riguarda la scelta dei componenti della Commissione, la regola generale è quella della preferenza per i Commissari interni, per esigenze di contenimento dei costi. Il comma 8, a tal proposito, dispone che: "I Commissari diversi dal Presidente sono selezionati tra i funzionari della Stazione appaltante". Il ricorso ai Commissari esterni è ammesso soltanto "in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate".

L'art. 120, comma 3, del Regolamento (d.P.R. 207/2010) prevede ora che spetta al R.U.P. attestare la carenza di organico. Secondo la prevalente giurisprudenza il ricorso ai componenti esterni ha carattere sussidiario. Pertanto, occorre che si dia puntualmente atto, al momento della nomina, della carenza di organico e della sussistenza del presupposto legale per la selezione del Commissario esterno (T.A.R. Lazio, Sez. III Ter, 4 febbraio 2008 n. 905).

Di recente è stato ulteriormente precisato che: *"La ratio legis è quella di imporre che fisiologicamente, anche a garanzia della terzietà e serietà delle operazioni di gara, le stazioni appaltanti provvedano alle medesime avvalendosi*

dell'organico in forze; solo l'oggettiva (e non certo soggettiva, in quanto consequenziale a specifiche e non necessitate scelte organizzative) carenza di idonee professionalità, che implicherebbe il rischio di valutazioni inadeguate delle offerte, consente eccezionalmente il ricorso a professionisti esterni, per altro corredato di una serie di garanzie connesse alla loro individuazione” (cfr. T.A.R. Piemonte, n. 336/12 cit.).

L'art. 120, comma 4, del Regolamento (d.P.R. 207/2010) ha, inoltre, stabilito “gli altri casi” in cui, indipendentemente da eventuali carenze di organico, è possibile ricorrere ai componenti esterni (e cioè lavori di particolare complessità architettonica e ambientale o di valore ingente, ovvero in caso di concessioni di lavori, di finanza di progetto e di affidamento a contraente generale).

I Commissari esterni, al ricorrere dei presupposti di cui s'è accennato, possono essere selezionati dagli appartenenti alle seguenti categorie:

- nell'ambito di funzionari di altre Stazioni appaltanti;
- con un criterio di rotazione tra: (i) professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei relativi albi, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; (ii) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

Anche tale ultima previsione procedurale è stata interpretata restrittivamente dalla prevalente giurisprudenza (ad esempio, è stata giudicata illegittima la nomina di un Commissario non effettuata nell'ambito dell'elenco, soggetto ad aggiornamento almeno biennale, previsto dall'art. 84, comma 8, di cui la Stazione appaltante dovrebbe essere dotata: cfr. C. di Stato, Sez. V, 25 maggio 2010 n. 3312, Sez. IV, 31 marzo 2010 n. 1830).

Ha un particolare rilievo anche la norma di cui all'art. 84, comma 12, in base alla quale la nomina e la costituzione della Commissione devono avvenire successivamente alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Si tratta di ulteriore accorgimento, preordinato ad “*una compiuta osservanza dell'obbligo di garantire parità di condizioni tra i concorrenti ed evitare condizionamenti e collusioni di sorta*” (così ad esempio T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 29 aprile 2011 n. 808).

Conclusa la breve panoramica dei tratti salienti dell'art. 84, deve anche essere rammentato che la Corte Costituzionale (sentenza n. 401/2007) ha stabilito che, dal momento che tale norma (in particolare i suoi commi 2, 3, 8 e 9) concerne aspetti essenzialmente organizzativi dell'azione amministrativa e non riguarda profili di tutela della concorrenza, essa è potenzialmente idonea ad intaccare la potestà legislativa regionale.

Ne deriva, secondo la Corte Costituzionale, il carattere “*cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l’avvenire*”. In altri termini, per quanto riguarda i profili regolati dai commi 2, 3, 8 e 9, l’art. 84 può trovare applicazione sino a quando le Regioni non si saranno dotate di una propria disciplina regionale, che potrà anche derogare quella nazionale (cfr. sul punto T.A.R. Lombardia, Sez. I, 28 aprile 2010 n. 1177 e 11 febbraio 2011 n. 452).

Avv. Luca Griselli

Publicato sulla Rivista “Teme” (Mensile di tecnica ed economica sanitaria) n. 6/12