

## **Massime per Atto Ricercato: Parere di Precontenzioso n. 160 del 21/09/2011 - rif. PREC 194/10/S**

Parere di Precontenzioso n. 160 del 21/09/2011 - rif. PREC 194/10/S d.lgs 163/06 Articoli 81 - Codici 81.1

L'art. 83, comma 2 D.Lgs. n. 163/2006 esige che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione e "precisi la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato". La previsione di una soglia è finalizzata a garantire l'esclusione di offerte che, pur convenienti sotto il profilo economico, non siano tecnicamente adeguate e, quindi, idonee ad assicurare uno standard qualitativo minimo. Il legislatore rimette alla stazione appaltante la facoltà di determinare tale soglia, precisando all'articolo su menzionato che quest'ultima va prefissata nella *lex specialis* e ciò al fine di consentire a tutti i partecipanti alla procedura di aver sin dall'inizio contezza di tutti gli elementi che incidono sulla partecipazione, sulla valutazione delle offerte e, quindi, in ultima analisi sull'aggiudicazione. Ne consegue che la soglia di sbarramento non può essere determinato *ex post* dalla commissione di gara, con una valutazione che potrebbe essere orientata dalla conoscenza dei partecipanti. Osta a ciò sia il dato testuale dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006, che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di introdurre una clausola di sbarramento, sia la ratio della medesima disposizione, che, come sopra ricordato, è quella di mettere i partecipanti alla gara nella condizione di conoscere prima della formulazione dell'offerta tutti gli elementi che possono incidere sulla determinazione della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8.9.2008, n. 4271). Si osserva, inoltre, che la presente interpretazione dell'art. 83 è conforme allo spirito della modifica apportata dal terzo decreto correttivo (D.lgs. 11.9.2008, n. 152) alla norma in esame. La novella, infatti, ha soppresso l'ultimo periodo dell'art. 83, comma 4, in virtù del quale la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, poteva fissare i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta per valutare ciascun elemento. E' evidente che il legislatore ha voluto eliminare ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice, con l'intento di fornire un supplemento di tutela in termini di trasparenza e di par condicio ai concorrenti, evitando che i criteri motivazionali potessero essere "declinati secondo una valutazione a posteriori" (cfr. AVCP determinazione n. 4 del 20.5.2009). Conseguentemente, se alla commissione è ora preclusa l'introduzione di nuovi sub criteri e sub punteggi (cfr. TAR Lazio, sez. III quater, 9.1.2009, n. 82), a maggior ragione alla stessa non può essere consentito di stabilire la soglia di una clausola di sbarramento, che, in caso di mancato raggiungimento, comporta l'esclusione di un concorrente. Peraltro, anche sotto il vigore della precedente disciplina, l'Autorità aveva affermato che la commissione di gara poteva stabilire i criteri motivazionali, avendo però cura, in adesione con l'orientamento giurisprudenziale comunitario, di non modificare i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel bando e nel disciplinare di gara e, soprattutto, di non introdurre nuovi elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la formulazione dell'offerta (cfr. AVCP pareri n. 38 del 25.2.2010; n. 90 del 20.3.2008; n. 125 del 23.4.2008; n. 119 del 22.1.2007).