

Tra offerta ambigua e incerta: i limiti del soccorso istruttorio

di Angela Cerreto

Data di pubblicazione: 10-9-2016

1. Nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici la commissione di gara deve interpretare le offerte al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, in conformità al principio di conservazione degli atti giuridici e salvaguardia della massima concorrenzialità delle procedure di affidamento di contratti pubblici; tuttavia in tanto questa ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa, in quanto sia consentito attraverso di essa di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta, altrimenti essendo legittima l'esclusione dalla gara (1) o il disconoscimento di punti in sede di valutazione delle offerte (2).
2. L'ampiezza con cui il potere di soccorso istruttorio è riconosciuto nel settore dei contratti pubblici in seguito alle novità introdotte con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 è tuttavia pur sempre circoscritta alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa che i partecipanti a procedure di affidamento di tali contratti sono tenuti a presentare. Il potere di soccorso istruttorio non si estende quindi agli elementi attinenti alle offerte, pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara rende le stesse immodificabili una volta che le stesse siano state presentate nei termini previsti dalla lex specialis (3).

(1) incontestata è la giurisprudenza del Consiglio di Stato sul punto: Cons. Stato, III, 22 ottobre 2014, n. 5196, 27 marzo 2013, n. 1487; V, 27 aprile 2015, n. 2082; VI, 6 maggio 2016, n. 1827.

(2) Incontestata è la giurisprudenza del Consiglio di Stato sul punto: ex multis Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2016, n. 1318, 21 ottobre 2015, n. 4804; V, 21 aprile 2016 n.1597. cfr. anche sul punto Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n.9.

(3) Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 83.

[Guida alla lettura](#)

La decisione in rassegna conferma la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici regolati *ratione temporis* dal dlgs 12 aprile 2006, n. 163 riguardo due temi strettamente connessi:

a) quello dei principi interpretativi che la Commissione di gara deve applicare riguardo l'offerta presentata negli appalti pubblici;

b) quello dei limiti del soccorso istruttorio, anche dopo le modifiche introdotte con il decreto – legge 24 giugno 2014, n. 90 (misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) agli articoli 38 e 46 del dlgs 12 aprile 2006, n. 163.

In particolare la decisione afferma che **la Commissione di gara**, in ossequio dei principi di conservazione degli atti giuridici e salvaguardia della massima concorrenzialità, **deve ricercare la effettiva volontà dell'impresa tutte le volte in cui sia possibile arrivare ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta**. L'ambiguità dell'offerta, nella parte in cui la ricorrente ha indicato per i cofinanziamenti privati per il progetto posto a gara semplicemente in una misura percentuale, disgiunta dalla grandezza di riferimenti, ha determinato di contro un'insuperabile indeterminatezza, essendo riferibile in astratto sia alla base d'asta che al ribasso offerto, con la conseguenza di doversi ritenere illegittima l'attribuzione di punti per tale elemento di valutazione.

Il Collegio, parimenti, ha escluso l'applicabilità del potere di soccorso istruttorio. Lo stesso deve essere attivato solo nel caso in cui sia necessario acquisire dichiarazioni o attestazioni su fatti stati o qualità, che compongono la documentazione amministrativa. Ciò secondo quanto previsto dall'art. 38, comma 2 bis, da ultimo modificato, anche in riferimento ad elementi essenziali (tramite, in questo caso, il c.d. soccorso istruttorio a pagamento). Tale istituto, di contro, non può operare né se a mancare alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta sia un requisito o una condizione stessa di partecipazione (cfr. la determinazione ANAC 8 gennaio 2015 n. 1 e in tale ottica, Cons. Giust. Amm. Sic, ordinanza 16 febbraio 2016, n. 52, con cui è stata sollevata all'A.P. del C.d.S. la questione in ordine all'ammissibilità del soccorso istruttorio in riferimento a incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto) né se sia un elemento essenziale dell'offerta sia per la parte economica che tecnica. In tal senso l'art. art. 46, comma 1 bis del citato dlgs, afferente la tassatività delle cause di esclusione, non modificato dalla citata norma, impone alla stazione appaltante di escludere automaticamente i candidati, per quanto qui interessa, in caso di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta. Le offerte costituiscono il fondamento volontaristico immodificabile, una volta presentato nei termini previsti dalla *lex specialis*, finalizzato alla conclusione del contratto posto alla base di gara. Una loro postuma integrazione determinerebbe la vulnerazione del canone di parità di trattamento e di

perentorietà del termine di presentazione dell'offerta che costituiscono l'essenza stessa della procedura selettiva. In armonia con tale orientamento, il Nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) riguardo al soccorso istruttorio "a pagamento", prevede espressamente all'art. all'art. 83, comma 9, che: *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, **con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica**, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro..."*.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 92 del 2016, proposto da:
Promidea cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con l'Ente cooperazione sud per l'Europa e Multimediamente s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Torchia e Sante Dodaro, con domicilio eletto presso Saverio Menniti in Roma, viale Parioli, n. 74;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente della giunta regionale in carica, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Isim - Istituto di studi iniziative ricerche e formazione per lo sviluppo delle regioni meridionali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Assindustria servizi s.r.l., Luiss Guido Carli, Eurosystem s.r.l., Sinapsys s.r.l., Lacosa s.r.l., A.N.A.P. Calabria, C.I.S. Consulenza innovazione e sviluppo s.r.l., SFC Sistemi Formativi Confindustria s.c.p.a., Intesa Sanpaolo formazione s.c.p.a., rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso la dottoressa Anna Bei, in Roma, via Ovidio, n. 10;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA – SEDE DI CATANZARO, SEZIONE II, n. 1485/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio per la realizzazione del progetto speciale per la messa in valore delle *business ideas* degli studenti e del capitale umano di eccellenza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Isim;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 726 del 3 marzo 2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Antonio Torchia e Demetrio Verbaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La cooperativa sociale Promidea impugnava davanti al Tribunale amministrativo regionale della Calabria – sede di Catanzaro - gli atti della procedura di affidamento del servizio di realizzazione del progetto speciale per la «*messa in valore delle business ideas*» degli studenti localmente residenti in Calabria e del capitale umano di eccellenza ad essi riconducibile, indetta dalla Regione Calabria (bando pubblicato il 10 maggio 2013) ed aggiudicata all'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d'asta di €. 7.000.000 al raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo l'ISIM – Istituto di studi iniziative ricerche e formazione per lo sviluppo delle regioni meridionali di

Catanzaro (decreto dirigenziale di prot. n. 1023 del 19 giugno 2015).

2. Nel proprio ricorso la Promidea, partecipante alla gara in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con l'Ente cooperazione sud per l'Europa e la Multimediamente s.r.l., collocatosi al secondo posto della graduatoria, con il punteggio di 87,01, contro gli 88,61 punti assegnati al raggruppamento aggiudicatario, sosteneva che la commissione giudicatrice: aveva innanzitutto introdotto criteri di valutazione delle offerte non previsti nel bando di gara; aveva inoltre irragionevolmente applicato i punteggi per gli elementi di valutazione delle offerte tecniche per i servizi aggiuntivi secondo un criterio "a scaglione" anziché su base proporzionale, con conseguente sopravvalutazione e sottovalutazione rispettivamente dell'altrui e della propria offerta; infine, non aveva fornito adeguata motivazione ai punteggi assegnati.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito esaminava in via prioritaria ed accoglieva il ricorso incidentale "escludente", con cui l'ISIM aveva a sua volta sostenuto che l'offerta della Promidea era indeterminata nella parte relativa all'offerta in denaro di cofinanziamenti privati aggiuntivi rispetto al valore minimo richiesto dal bando, perché espresso dalla ricorrente principale in percentuale fissa, 5%, senza ulteriori specificazioni.

Sottratto in conseguenza di ciò il punto ottenuto dalla Promidea per questo elemento di valutazione, il giudice di primo grado affermava che la prova di resistenza a carico di quest'ultima non poteva essere superata. Ciò a causa del divario di 2,60 punti con l'offerta del raggruppamento aggiudicatario così registratosi, non colmabile nemmeno in caso di accoglimento delle censure di legittimità dalla stessa articolate, poiché tali da consentire un recupero massimo di 1,21 punti e di sottrarre all'ISIM altri 0,89 punti.

Il Tribunale amministrativo dichiarava pertanto inammissibile il ricorso principale della Promidea «*per carenza di interesse*».

4. Quest'ultima ha quindi proposto il presente appello col quale censura l'accoglimento del ricorso incidentale e ripropone i motivi di impugnazione contro l'aggiudicazione in favore dell'ISIM, costituitosi in resistenza al mezzo.

DIRITTO

1. Con un primo ordine di censure la cooperativa Promidea sostiene che il ricorso incidentale di primo grado doveva essere dichiarato inammissibile, perché notificato esclusivamente ad essa, in proprio e in qualità di capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese non ancora costituito, circostanza in virtù della quale l'ISIM avrebbe dovuto provocare il contraddittorio anche con le mandanti.

2. L'eccezione, pur proponibile per la prima volta in appello, poiché attinente alla regolare instaurazione del rapporto processuale, il quale è unitario sebbene articolato in due distinti gradi di giudizio, è tuttavia manifestamente infondata.

In primo luogo, sebbene non ancora costituito, il mandato collettivo che, ai fini della

partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, le imprese componenti un raggruppamento temporaneo devono conferire alla capogruppo, ai sensi dell'art. 37, comma 14, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163), e che la Promidea non nega nel caso di specie di avere ricevuto, attribuisce a quest'ultima la «*rappresentanza esclusiva, anche processuale*» per «*tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto*» (comma 16 del citato art. 37).

Pertanto, la legittimazione processuale conferita alla capogruppo rende quest'ultima l'unica parte necessaria del giudizio di impugnazione di atti di procedure di affidamento di contratti pubblici. Resta peraltro ferma la legittimazione facoltativa ed ulteriore delle imprese mandanti, derivante dal fatto che esse non perdono la loro soggettività giuridica per effetto della partecipazione alla peculiare forma di aggregazione imprenditoriale prevista dal citato art. 37 del previgente codice dei contratti pubblici (*ex multis*: Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 1). Ma si tratta appunto di una legittimazione non necessaria ai fini della valida instaurazione del contraddittorio.

3. Inoltre, come condivisibilmente rileva l'ISIM, in base all'art. 42, comma 2, del codice del processo amministrativo il ricorso incidentale è validamente notificato alle parti costituite in giudizio secondo le forme previste dall'art. 170 del codice di procedura civile, e cioè mediante la sua notifica presso il domicilio eletto per il giudizio. Dacché si ricava che la notifica del ricorso incidentale è valida se effettuata in tale luogo alla sola parte costituitasi in giudizio, la quale nel caso di specie è la stessa Promidea, in proprio e appunto in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le mandanti l'Ente cooperazione sud per l'Europa e la Multimediamente s.r.l., in forza del potere rappresentativo attribuito dal citato comma 16 dell'art. 37 d.lgs. n. 163 del 2006.

Il rilievo da ultimo svolto denota il carattere pretestuoso dell'eccezione, oltre alla sua manifesta infondatezza.

4. Nel merito del ricorso incidentale accolto dal Tribunale amministrativo, la Promidea nega che la propria offerta di cofinanziamenti privati per il progetto posto a gara sia indeterminata solo perché espressa in semplice percentuale.

Secondo l'odierna appellante questa modalità di manifestazione della volontà contrattuale, interpretata in coerenza con la richiesta di cofinanziamenti in denaro proveniente dal bando di gara, deve essere riferita alla base d'asta, risultando determinabile in questo modo.

5. Il motivo non può essere accolto.

Come infatti evidenzia l'ISIM, l'interpretazione postuma offerta dalla concorrente autrice dell'offerta non fuga l'incertezza derivante dall'indicazione di una percentuale disgiunta dalla grandezza di riferimento. Nel caso di specie, poi, questa incertezza è incontestabilmente provata dall'opposta ricostruzione della volontà operata dalla commissione giudicatrice, che ha invece riferito il 5% dichiarato dall'odierna appellante al ribasso dalla stessa offerto, secondo quanto dedotto dalla controinteressata e non *ex adverso* contestato, nemmeno in sede di discussione finale.

A fronte di questa insuperabile indeterminatezza, del tutto correttamente il Tribunale amministrativo ha ritenuto illegittima l'attribuzione di punti per l'elemento di valutazione dell'offerta in esame.

6. La conclusione cui è giunto il giudice di primo grado è coerente con la incontestata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo cui la commissione di gara deve interpretare le offerte al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, in conformità al principio di conservazione degli atti giuridici e salvaguardia della massima concorrenzialità delle procedure di affidamento di contratti pubblici; tuttavia in tanto questa ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa, in quanto sia consentito attraverso di essa di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta, altrimenti essendo legittima l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, III, 22 ottobre 2014, n. 5196, 27 marzo 2013, n. 1487; V, 27 aprile 2015, n. 2082; VI, 6 maggio 2016, n. 1827) o, come nel caso di specie, il disconoscimento di punti in sede di valutazione delle offerte (in quest'ultimo senso, Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 83).

7. Del pari in modo condivisibile il giudice di primo grado ha escluso che questa incertezza potesse essere sanata dalla stazione appaltante mediante il potere di soccorso istruttorio.

L'ampiezza con cui esso è riconosciuto nel settore dei contratti pubblici in seguito alle novità introdotte con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114*) è tuttavia pur sempre circoscritta alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa che i partecipanti a procedure di affidamento di tali contratti sono tenuti a presentare. Il potere di soccorso istruttorio non si estende quindi agli elementi attinenti alle offerte, pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara rende le stesse immutabili una volta che le stesse siano state presentate nei termini previsti dalla *lex specialis* (giurisprudenza pacifica di questo Consiglio di Stato, *ex multis*, III, 1 aprile 2016, n. 1318, 21 ottobre 2015, n. 4804; V, 12 maggio 2016, n. 1904).

8. Confermato dunque l'accoglimento del ricorso incidentale, devono nondimeno essere esaminati i motivi del ricorso principale riproposti con appello dalla Promidea, sia perché diretti ad invalidare l'intera fase di valutazione delle offerte - in particolare la censura relativa alla pretesa integrazione dei criteri previsti dal bando di gara - sia perché, con riguardo alle restanti censure dell'odierna appellante, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che è contraria ai principi enunciati dalle direttive in materia di contratti pubblici la regola di matrice giurisprudenziale interna relativa ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, ed in particolare quella che attribuisce a quest'ultimo carattere pregiudiziale rispetto al primo ogniquale volta in esso siano formulate eccezioni di ordine processuale tendenti a negare la legittimazione e l'interesse ad agire del ricorrente principale (sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/13, sopravvenuta alla sentenza di primo grado).

A quest'ultimo riguardo, a fondamento della propria decisione e della persistenza

dell'interesse del ricorrente anche in caso di fondatezza del ricorso incidentale escludente, la Corte di giustizia ha posto in rilievo le seguenti considerazioni: in primo luogo «*non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura*» (§ 28); inoltre: «*Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb*» (§ 29); e cioè la nota pronuncia che già aveva affermato l'obbligo di esame di entrambe le impugnazioni incrociate nell'ipotesi in cui esse contengano censure reciprocamente escludenti (sentenza 4 luglio 2013, C-100/12; nella cui linea l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato aveva fornito una circoscritta lettura del dovere di esame congiunto dei contrapposti mezzi di impugnazione: sentenza 25 febbraio 2014, n. 9).

Il carattere generale di queste affermazioni di principio rende le stesse applicabili al caso di specie, in cui si controverte invece sull'errata attribuzione di punteggi alle offerte delle prime due concorrenti.

9. Rispetto a quanto finora osservato deve peraltro soggiungersi che, secondo quanto prospetta la Promidea, la prova di resistenza risulta superata nel caso di specie.

Infatti la corretta applicazione dei criteri di valutazione delle offerte di carattere quantitativo avrebbe, a suo dire, comportato l'attribuzione in proprio favore di 4.14 punti contro l'1,03 punto assegnabile al raggruppamento aggiudicatario.

10. Tutto ciò premesso, la cooperativa appellante si duole che per questi criteri di valutazione la commissione giudicatrice abbia attribuito i punteggi per essi previsti dalla legge di gara sulla base di scaglioni di valore non previsti dal bando di gara (mediante tabella allegata al verbale n. 10 del 13 novembre 2014).

Si tratta dei sub-criteri di valutazione delle offerte tecniche di carattere quantitativo, previsti nell'ambito del criterio (o ambito) di valutazione dato «*valore aggiunto rispetto agli standard minimi richiesti*» (C), ed in particolare il «*numero di business idea sviluppate rispetto al minimo di venti e numero di destinatari diretti aggiuntivi rispetto a minimo settecento*» e il già esaminato cofinanziamento privato aggiuntivo. In particolare, per le *business ideas* e i relativi destinatari la commissione ha previsto l'attribuzione di 1 punto per offerte superiori al minimo di 20 e fino a 50 e il punteggio massimo di 2 per valori superiori a 50; per il cofinanziamento privato l'organo di gara ha invece stabilito di attribuire 1 punto per tutti le offerte che abbiano previsto questa prestazione aggiuntiva e il massimo di 2 punti a quella superiore in assoluto.

11. Nel presente appello si sostiene che ciò avrebbe avuto l'effetto di appiattare irragionevolmente le due offerte in contestazione, entrambe destinatarie di 1 punto per le *business ideas* aggiuntive sebbene l'ISIM ne abbia offerto solo 25 contro le 30 della Promidea; lo stesso punteggio uguale è stato attribuito per il cofinanziamento privato, a fronte

del maggior valore offerto dall'appellante, pari al 5% rispetto alla base d'asta dichiarato in offerta, e cioè € 50.000 euro, contro i soli 20.000 euro previsti dall'aggiudicataria.

12. Analogo illegittimo operato si sarebbe realizzato secondo l'appellante per quanto riguarda l'elemento di valutazione consistente nel «numero di profili professionali aggiuntivi del gruppo di lavoro»: sebbene l'appellante ne abbia offerti 83 e l'ISIM solo 35, entrambe hanno ricevuto 2 punti.

In base a questa prospettazione, il risultato sarebbe stato quello di determinare l'esito della procedura a favore del raggruppamento temporaneo di cui quest'ultimo è capogruppo. Per contro, secondo la Promidea l'applicazione di un metodo proporzionalistico avrebbe sortito l'esito opposto, in ragione dei 4,14 punti spettanti all'appellante contro l'1,03 punti attribuibili all'ISIM.

13. Con distinta censura l'appellante che sarebbe in sé irragionevole la previsione di scaglioni di valore con riguardo a criteri valutativi di natura quantitativa, perché tale da elidere le differenze riscontrabili nelle diverse offerte, laddove la funzione di autolimita della discrezionalità e di trasparenza di questi sarebbe ipotizzabile solo per criteri di valutazione di natura qualitativa.

14. Con un'ultima censura la Promidea sostiene che sarebbe illegittima per violazione dell'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la stessa previsione di questi scaglioni di valore, perché non previsti nel bando di gara.

15. Nessuno di questi motivi può essere accolto.

La censura da ultimo esposta non può essere condivisa alla luce della recente pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea nella quale si è stabilito che non è contrario al diritto europeo sulle procedure di affidamento di contratti pubblici l'operato di una commissione di gara che abbia introdotto coefficienti di ponderazione dei sub-criteri di valutazione delle offerte non previsti nel bando e dopo che le offerte siano state presentate (ma non ancora aperte), quando tali sub-pesi o sub-punteggi siano «corrispondenti sostanzialmente ai criteri precedentemente resi noti agli offerenti» (sentenza 14 luglio 2016, C-6/15; § 26). Secondo il giudice europeo la legittimità di questa operazione è condizionata dal rispetto di alcune condizioni, consistenti in particolare nell'impossibilità di modificare in questo modo il peso di ciascun criterio di aggiudicazione fissato nel bando di gara e di introdurre sub-pesi o sub-punteggi tali che se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare tale preparazione o, ancora, che possano avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno degli offerenti (così la sentenza ora citata, al citato § 26).

16. In linea con i principi affermati dalla Corte di giustizia si colloca peraltro anche la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che ammette che nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione giudicatrice possa autovincolare la discrezionalità ad essa attribuita dai criteri di valutazione stabiliti dal bando 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, solo specificando le modalità applicative di tale operazione, con criteri definiti appunto “motivazionali”, sempreché 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 (cfr. in particolare: Cons. Stato, III, 27 settembre 2012, n. 5111; V, 3 giugno 2013, n. 3036, 19 settembre 2012, n. 4971, 18 agosto 2010, n. 5844).

In particolare questa non consentita modificazione si realizza quando la commissione enuclei sub-criteri di valutazione non previsti dal bando o alteri il peso di quelli contemplati dalla *lex specialis* (Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 97, 1° febbraio 2012, n. 514, 29 novembre 2011, n. 6306).

17. Per contro, nel caso di specie nessuna delle evenienze ora ricordate si è verificata, perché nei due casi censurati dalla Promidea la commissione giudicatrice si è limitata ad introdurre scaglioni di valore nei limiti del punteggio massimo previsto dal bando per elementi di valutazione delle offerte di carattere quantitativo. L'organo di gara non ha quindi esorbitato rispetto ai margini valutativi predeterminati dalla *lex specialis*, ma ha specificato i criteri con i quali avrebbe proceduto ad attribuire i punteggi all'interno della forbice massima prevista dal bando medesimo. In questo modo la commissione ha reso così ancora più trasparente e controllabile il proprio giudizio, in particolare attraverso una graduazione ulteriore conforme al parametro valutativo di base stabilito nel bando, ed atta a specificare i criteri seguiti nell'attribuzione dei punteggi.

18. Prova di ciò si ha attraverso un giudizio controfattuale, in forza del quale se anche nella presente fattispecie la commissione non avesse predeterminato la griglia valutativa censurata dalla Promidea, nessuna censura di evidente irragionevolezza al giudizio della commissione avrebbe potuto fondatamente essere formulata all'attribuzione dello stesso punteggio di 1, a fronte dei 2 punti massimi previsti, ad essa appellante e anche all'ISIM per l'offerta di servizi aggiuntivi per valori non significativamente discosti, come nel caso delle 30 e 25 *business ideas* rispettivamente offerte. Analogamente, l'aver previsto l'attribuzione dei 2 punti massimi per il cofinanziamento privato all'offerta maggiore in assoluto e 1 punto alle altre offerte che comunque abbiano previsto questa ulteriore fonte di sostegno ai progetti non palesa alcuna scelta arbitraria e non consentita dal bando di gara.

A quest'ultimo riguardo va in particolare tenuto conto di quanto *ex adverso* dedotto dall'ISIM. L'aggiudicataria ha infatti evidenziato che un criterio rigidamente proporzionalistico avrebbe favorito concorrenti con maggiori potenzialità economiche senza alcun beneficio per l'investimento pubblico, destinato a rimanere comunque immutato.

19. Inoltre, trattandosi di soglie di carattere quantitativo, nessuna discriminazione in danno di concorrenti è configurabile.

Non è del pari ravvisabile un'incidenza determinante sulla formulazione delle offerte, perché da un lato è insito nel confronto competitivo proprio della procedura di gara l'offerta possibilmente più ampia di servizi aggiuntivi, mentre dall'altro lato – come poc'anzi rilevato – la previsione di scaglioni di valore risponde ad un criterio ragionevole e non vietato dal bando di gara di selezione della convenienza delle offerte in base a fasce omogenee di quantità di

servizi offerti in aggiunta rispetto a quelli minimi richiesti per la partecipazione alla procedura, nell'ambito delle quali collocare le varie offerte delle concorrenti.

20. Le considerazioni da ultimo svolte consentono anche di superare la censura in cui la Promidea sostiene che gli scaglioni di valore non sarebbero compatibili con criteri di valutazione delle offerte di carattere quantitativo.

In realtà tali sub-criteri si addicono proprio a parametri in virtù dei quali l'offerta viene apprezzata per aspetti di carattere quantitativo e, come poc'anzi rilevato, essi si pongono in coerenza con l'obiettivo di discriminare sotto questo legittimo profilo le offerte, nell'ambito della cornice data dal peso attribuito dal bando di gara al criterio valutativo di base.

21. E' quindi infondata la restante censura dell'appellante secondo cui l'offerta del raggruppamento aggiudicatario avrebbe in questo modo beneficiato di una sopravvalutazione in termini di punti determinante dell'esito della gara rispetto all'applicazione di un criterio rigidamente proporzionalistico.

Questa censura è innanzitutto basata in parte su un presupposto smentito dalla conferma dell'accoglimento del ricorso incidentale dell'ISIM, sopra pronunciato, e cioè dall'incontrovertibile indeterminatezza del cofinanziamento offerto da Promidea nella non ulteriormente specificata percentuale del 5%.

22. I rilievi svolti in precedenza consentono quindi di escludere che il punteggio riguardante le *business ideas* sia stato irragionevolmente appiattito.

Infatti la differenza di soli 5 progetti finanziabili offerta in aggiunta dall'odierna appellante, a fronte del minimo previsto di 20, non denota di per sé sola una maggiore convenienza dell'offerta di quest'ultima tale da giustificare una rilevante discriminazione qualitativa quale si sarebbe avuta nel caso di attribuzione del punteggio massimo per l'elemento di valutazione in questione all'odierna appellante.

23. Infine non è irragionevole nemmeno l'attribuzione dello stesso punteggio alle due imprese odierne litiganti per l'elemento di valutazione consistente nel «numero di profili professionali aggiuntivi del gruppo di lavoro», ancorché la Promidea ne abbia offerti 83 contro i 35 dell'ISIM. Anche in questo caso l'appellante propugna una logica rigidamente proporzionalistica che non si concilia del tutto con la selezione di carattere qualitativo che comunque presiede alla complessiva valutazione di elementi tecnici nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti l'indiscriminata offerta di addetti al servizio non è indice di maggiore qualità dello stesso, occorrendo avere comunque riguardo alla dimensione ottimale dell'organizzazione lavorativa rispetto alle esigenze connesse alle prestazioni dovute, raggiunta la quale l'offerta di risorse ulteriori non si traduce in alcun beneficio per l'esecuzione di queste ultime.

24. Pertanto, confermato l'accoglimento del ricorso incidentale dell'ISIM, all'esito del presente appello, il ricorso principale della cooperativa Promidea, pur ammissibile, risulta

infondato nel merito e come tale deve essere respinto, unitamente all'appello stesso nella sua globalità.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate per la particolarità e complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- conferma l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado;
- dichiara ammissibile il ricorso principale della Cooperativa sociale Promidea e lo rigetta nel merito;
- rigetta pertanto l'appello di quest'ultima;
- compensa le spese di causa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere