

DANIELE SENZANI

## DISCREZIONALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ED OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni preliminari in merito alla discrezionalità nell'azione amministrativa mediante contratti. La peculiarità dell'offerta economicamente più vantaggiosa. – 2. L'individuazione degli elementi di valutazione delle offerte nell'offerta economicamente più vantaggiosa: i limiti all'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione. – 3. Il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa nell'ambito del (complesso) procedimento preordinato all'affidamento dei contratti pubblici. – 4. Il rapporto tra criteri di valutazione delle offerte ed obblighi negoziali assunti dall'aggiudicatario. – 5. Il giudizio della commissione giudicatrice mediante l'applicazione dei criteri definiti dall'amministrazione come espressione di discrezionalità tecnica. – 6. Alcune brevi considerazioni in ordine alla discrezionalità dell'amministrazione nell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed i conseguenti riflessi sul sindacato del giudice amministrativo.

*1. Alcune considerazioni preliminari in merito alla discrezionalità nell'esercizio dell'azione amministrativa mediante contratti. La peculiarità dell'offerta economicamente più vantaggiosa.* – Con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici <sup>(1)</sup> (di seguito, Codice), le amministrazioni che operano in qualità di stazioni appaltanti, ai fini dell'individuazione della migliore offerta e, pertanto, dell'aggiudicazione dei contratti ivi disciplinati, possono optare tra il criterio del prezzo più basso ovvero per quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. art. 81, d.lgs. n. 163 del 2006) <sup>(2)</sup>.

---

(1) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (in G.U.R.I., 2 maggio, n. 100), suppl. ord. n. 107, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

(2) La possibilità del ricorso a quest'ultimo criterio è stata ampliata dal legislatore in sede di recepimento della Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Si rammenta, infatti, che la l. 11 gennaio 1994, n. 109 e successive modificazioni, consentiva alle stazioni appaltanti di ricorrere a tale criterio di aggiudicazione solo "(...) nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appalta-

La scelta tra l'uno e l'altro criterio di aggiudicazione deve, a norma dell'art. 81, comma 2, del citato testo normativo, cadere su "(...) quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto (...)" e, dunque, richiede all'amministrazione una valutazione in ordine alla congruità del sistema di individuazione dell'offerta migliore rispetto alle condizioni specifiche della prestazione che dalla stessa viene richiesta. In altri termini il legislatore chiede all'amministrazione di operare una valutazione discrezionale, condizionata però dalle specificità obiettive del rapporto negoziale che si intende concludere.

A tal proposito, occorre ricordare come il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, consenta all'amministrazione di affidare contratti sulla base di una valutazione complessa che comporta la comparazione e la ponderazione di una molteplicità di elementi relativi a profili di natura economica, tecnica e più in generale qualitativa delle offerte, quindi non limitata ad una mera valutazione economico-quantitativa delle stesse<sup>(3)</sup>. È evidente che i presupposti posti a fondamento della scelta di uno di tali criteri sono del tutto diversi. Mediante il criterio del prezzo più basso, infatti, l'amministrazione può affidare una prestazione che sia compiutamente definita sul piano tecnico ed economico, dunque prestazionale, per la quale occorre individuare la sola (miglior) valutazione economica che può emergere dalle dinamiche di mercato, opportunamente innescate dalla richiesta della stessa amministrazione precedente. Al contrario il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa trova giustificazione, in termini di adeguatezza, dunque, congruità, rispetto alla prestazione da affidare, quando le informazioni di cui l'amministrazione necessita sono assai più ampie e non possono essere limitate al solo profilo economico del corrispettivo negoziale.

La stessa Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici, d'altra parte, ritiene tale modalità di scelta dell'offerta migliore "... particolarmente adatta a selezionare il contraente privato per l'affidamento di contratti, come le concessioni di lavori pubblici, in cui le prestazioni contrattuali comprendono la progettazione di un'opera, la sua esecuzione e la sua gestione funzionale ed economica ..." (4),

---

tore (...)" (cfr. art. 21, comma 1 *ter*, l. n. 109 del 1994, come aggiunto dall'art. 7, l. n. 166 del 2002). Per l'analisi dei criteri previsti dalla l. n. 109 del 1994, si rinvia, per tutti, a M. CORSINI, *Art. 21. Criteri di aggiudicazione-Commissioni giudicatrici*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici* a cura di A. CARULLO, A. CLARIZIA, I, Padova, 2004, p. 997 ss.

(3) In proposito si rileva come il *considerando* 46, Direttiva 2004/18/CE, affermi che il criterio di cui si tratta è volto all'individuazione dell'offerta caratterizzata dal "(...) miglior rapporto qualità/prezzo (...)".

(4) In questi termini Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 20 maggio 2009, n. 4, Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economica-

dunque in corrispondenza di fattispecie negoziali complesse per le quali l'amministrazione necessita di una pluralità di elementi informativi sulla base dei quali fondare le proprie valutazioni.

Il carattere flessibile e non meramente meccanico di tale criterio di selezione delle offerte<sup>(5)</sup>, nonché la connessa circostanza che gli elementi di valutazione non siano rigidamente predeterminati dalla normativa vigente<sup>(6)</sup>, pertanto, rendono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa una strada percorribile nell'ipotesi in cui l'Amministrazione intenda avviare procedure selettive pur non avendo contezza dell'esatto contenuto della prestazione richiesta o, in altri termini, qualora la stessa intenda maggiormente sfruttare l'apporto e le capacità innovative dei concorrenti<sup>(7)</sup>.

Già da queste prime considerazioni appare chiaro come a contrattare della duttilità di tale criterio si debba considerare l'ampiezza della discrezionalità che l'amministrazione in questa prospettiva può esercitare e, conseguentemente, i limiti che la stessa incontra, in particolare sotto il profilo della legittimità.

---

mente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'art. 153, Codice dei contratti pubblici.

(5) Sul carattere flessibile del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, n. 1, p. 7 ss., ove l'autore rileva che tale duttilità "(...) consente alle stazioni appaltanti di effettuare un apprezzamento adeguato degli elementi oggettivi dell'offerta, pervenendo ad esprimere un accurato giudizio di convenienza della proposta e anche di affidabilità delle imprese in gara (...)" e che "(p)er le amministrazioni, quindi, il vantaggio consiste nella presenza di un maggiore margine di valutazione delle offerte, senza la necessità di utilizzare il tradizionale, ma più complicato, sistema dell'appalto concorso, destinato a realizzare analoghi obiettivi (...)".

(6) L'art. 83, comma 1, Codice dei contratti pubblici, reca, infatti, un elenco esemplificativo degli elementi di valutazione delle offerte. Circostanza, questa, che in dottrina è stata ritenuta coerente alla previsione in base alla quale tali criteri devono essere "(...) pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (...)". In questo senso, v. R. DE NICOLIS, *I criteri di aggiudicazione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62 del 2005* a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2005, p. 698.

(7) In tal senso, la stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ha rilevato che "(...) nel caso in cui è ritenuto possibile ed opportuno che l'appaltatore partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, è necessario utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente di valutare l'apporto qualitativo del concorrente (...)" (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 24 novembre 2011, n. 7, Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture), in quanto detto "(...) criterio è caratterizzato da una maggiore flessibilità, che consente, quindi, alle imprese partecipanti, di esprimere al meglio le proprie capacità innovative, incrementando in tal modo la loro concorrenzialità, anche dal punto di vista delle soluzioni offerte per soddisfare le esigenze perseguite dalle stazioni appaltanti (...)" (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 20 maggio 2009, n. 4, cit.). In proposito, v. H. SIMONE, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* a cura di F. SAITTA Padova, 2008, p. 649-650.

A questo proposito si rileva come la discrezionalità della pubblica amministrazione si manifesta in diversi momenti rilevanti e, segnatamente, (i) nell'individuazione degli interessi da perseguire e del *quomodo*; (ii) nella scelta del criterio di aggiudicazione; (iii) nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte in funzione degli interessi perseguiti; (iv) nella valutazione delle offerte pervenute da parte della commissione giudicatrice sulla base dei criteri individuati nel bando di gara ad opera della stazione appaltante.

Si tratta di momenti tutti caratterizzati dall'esercizio del potere e dalla sussistenza di spazi lasciati dall'ordinamento all'autonoma scelta dell'amministrazione<sup>(8)</sup>. Spazi, questi, talvolta relativi all'individuazione del concreto interesse pubblico da perseguire (e del miglior modo attraverso cui giungere a tale risultato), talaltra a valutazioni di carattere meramente tecnico. Ne deriva che la citata scelta sarà compiuta, nella prima ipotesi, sulla base di una "(...) ponderazione di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario (...)"<sup>(9)</sup> (*id est*, che sostanzialmente comporta l'esercizio di una discrezionalità amministrativa) e, nella seconda ipotesi, di un'analisi dei fatti eseguita in base a cognizioni e regole tecniche e scientifiche<sup>(10)</sup> sulla scorta delle quali individuare le migliori condizioni materiali di soddisfacimento degli interessi individuati (che comporta l'esercizio di una discrezionalità tecnica).

Senza soffermarsi in modo specifico sulle nozioni di discrezio-

---

(8) Non rientra nell'economia del presente lavoro l'approfondimento della (complessa) questione relativa alla possibilità di ricondurre la discrezionalità al potere, all'azione, ovvero all'atto. In proposito, si rinvia, per tutti, a F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, fasc. 4, specialmente p. 1051 ed agli autori e richiamati in quanto rappresentativi delle diverse tesi dottrinarie, laddove si ritiene oltre che alla funzione l'attributo di discrezionale possa essere riconosciuto anche al potere, se inteso quale "(...) potere di determinare il contenuto dell'atto (o, meglio, di formulare il precetto, la proposizione giuridica che l'atto contiene) (...)", nonché allo stesso atto "(...) ove si consideri (oltre al suo contenuto precettivo ed innovativo) il suo regime giuridico e, in particolare, i profili specifici della sua validità (...)" (cfr., in particolare, nt. 19). In proposito, v. anche, S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, che ritiene la discrezionalità una "(...) peculiare espressione della funzionalizzazione del potere (...)" e, in quanto tale, "(...) insita nell'idea di funzione, esprimendo, da un lato, l'esistenza del vincolo scaturente dall'ineluttabilità della destinazione dell'esercizio del potere ad un dato fine, dall'altro, la libertà di imprimere all'azione i caratteri che in vario modo la adeguino allo scopo cui è rivolta (...)" (spec. p. 31-32).

(9) Così, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 73.

(10) Così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 54 ss.

nalità amministrativa<sup>(11)</sup> e discrezionalità tecnica<sup>(12)</sup>, la cui vastità e complessità è fin troppo evidente, ciò che si vuole qui evidenziare è come entrambe vengano in rilievo laddove si consideri il tema, solo apparentemente tecnico, dei criteri di selezione delle offerte ed in particolare dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, mentre la prima si traduce in un apprezzamento ed un contemperamento degli interessi che emergono in relazione ad una determinata fattispecie (peraltro sempre più comune se si considera l'estensione che l'azione amministrativa mediante contratti ha oramai da tempo raggiunto), la seconda si sostanzia in una valutazione ed in un giudizio basati su acquisizioni tecnico-scientifiche che, tuttavia, sono suscettibili di un apprezzamento e dunque sono tali da non garantire *ex ante* un risultato univoco.

Sembrano, quindi, essere manifestazioni della prima, l'identificazione delle esigenze che devono essere soddisfatte e quindi delle modalità attraverso le quali pervenire ad un risultato coerente con l'interesse generale perseguito (se e a quali condizioni si realizza un'opera, si acquisisce un bene o si eroga un servizio al pubblico) e ciò avviene in esito alla ponderazione di differenti interessi e di

---

(11) La letteratura sulla discrezionalità amministrativa è amplissima. Si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, oltre a tutti i manuali di diritto amministrativo, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI, 1989; C. MORTATI, *Discrezionalità in Nss. D.L.*, V, 1960; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964; A. PABUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990; A. ANGIULI, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano, 1992; Id., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, cit.

(12) A tal proposito, si segnala, per la completezza della trattazione e della ricostruzione dei diversi orientamenti dottrinari, D. DE PRETIS, *op. cit.*; cfr. poi, oltre alla manualistica ed agli autori citati alla nota precedente, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; R. CARANTA, *In tema di discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e di responsabilità aquiliana*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, fasc. 5, p. 80 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II-2, 2008, p. 471 ss.; G. FARES, *La discrezionalità tecnica*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 12, p. 1267 ss.; M. GATTI, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale nelle procedure di evidenza pubblica*, in questa *Rivista*, 2009, fasc. 3, p. 529 ss.; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica* (voce), in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento*, 2010, p. 146 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, cui si rinvia, tra l'altro, per l'approfondita ricostruzione degli orientamenti dottrinari dei primi anni del Novecento; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. diritto e procedura civile*, 1986, fasc. 1, p. 1 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, fasc. 4, p. 685 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, p. 791 ss.

una valutazione di merito circa l'opportunità delle diverse soluzioni ipotizzabili in vista del perseguimento dell'interesse pubblico rilevante e di cui l'amministrazione che procede è titolare.

Analogo percorso sembra si debba seguire avendo riguardo al momento di scelta del criterio di aggiudicazione e soprattutto degli elementi di valutazione delle offerte in funzione degli interessi perseguiti. Si tratta, infatti, di valutazioni dell'amministrazione che sono preordinate all'individuazione delle modalità che meglio di altre consentano il soddisfacimento dell'interesse pubblico, le quali non possono che essere ispirate a criteri di opportunità e convenienza<sup>(13)</sup>, nel cui ambito sembra possibile ricondurre anche l'individuazione delle condizioni fondamentali (poi ulteriormente rilevanti anche ai fini negoziali), per il tramite delle quali l'interes-

---

(13) Anche in giurisprudenza "(...) sia (...) la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della Stazione appaltante (...) impingendo nel merito dell'azione amministrativa (...)" (così, Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259, in *Foro amm. CDS*, 2009, fasc. 11, p. 2604; Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806, *ivi*, 2010, fasc. 6, p. 1275; ma cfr. anche Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837, *ivi*, 2009, fasc. 2, p. 452; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 24 aprile 2012, n. 3663, in *Diritto & Giustizia*, 28 maggio 2012; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 3 aprile 2012, n. 345, in *Red. amm. TAR*, 2012, p. 4; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 6 ottobre 2010, n. 2576, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc. 10, p. 3357; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 1 dicembre 2011, n. 389, *ivi*, 2011, fasc. 12, p. 3909; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 24 agosto 2011, n. 1343, *ivi*, 2011, fasc. 7-8, p. 229; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 23 febbraio 2010, n. 233 e 237, *ivi*, 2010, fasc. 2, rispettivamente, p. 402 e 404; TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 17, *ivi*, 2011, fasc. 1, p. 54; TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 20 dicembre 2010, n. 6780, *ivi*, 2010, fasc. 12, p. 3822; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 4613, *ivi*, 2010, fasc. 12, p. 4066; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 febbraio 2010, n. 555, *ivi*, 2010, fasc. 2, p. 605; TAR Valle d'Aosta, 10 luglio 2008, n. 64; *ivi*, 2008, fasc. 7-8, p. 1946. *Contra*: Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 8 ottobre 2008, n. 5, Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici, a parere della quale la "(...) scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità tecnica (e non certo amministrativa) delle stazioni appaltanti che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, 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 (...)" ; in senso contrario a tale orientamento, si è espressa la stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nella deliberazione 23 marzo 2011, n. 41. A tal proposito, in dottrina, si è evidenziato come l'amministrazione debba essere libera di identificare, di volta in volta, gli elementi più idonei ai fini dell'individuazione della migliore offerta (S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI VIII, Torino, 2007, p. 349; conf., R. DI PACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione in I contratti di appalto pubblico* a cura di C. FRANCHINI, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, cit., XIV, 2010, p. 647.

se pubblico può essere perseguito. In questa prospettiva, dunque, sembra doversi ricondurre anche la valutazione di adeguatezza prevista dall'art. 81, sopra richiamato.

Diversa sembra essere, per contro, la natura della discrezionalità di cui gode l'amministrazione, nel caso per il tramite di un organo speciale appositamente costituito, ovvero la commissione giudicatrice, nella valutazione delle offerte prodotte nell'ambito di una procedura di affidamento ad evidenza pubblica. Tale giudizio si colloca, infatti, su un piano del tutto diverso da quello precedente. Qui si è in presenza di una valutazione che è espressione di discrezionalità tecnica<sup>(14)</sup>, in quanto l'esame delle offerte pervenute non si sostanzia in una scelta circa ciò che è più opportuno fare ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico, bensì in un giudizio espresso sulla base di cognizioni tecnico-specialistiche a seguito di un accertamento tecnico<sup>(15)</sup>.

Si tratta di profili la cui corretta definizione riveste grande rilevanza, soprattutto laddove si consideri che la qualificazione del potere discrezionale esercitato dalla pubblica amministrazione determina, chiaramente, riflessi anche sulla posizione del terzo e quindi sulla pervasività del sindacato giurisdizionale sugli atti a tal fine adottati dall'amministrazione stessa.

A tal proposito, si ritiene come il corretto inquadramento di

---

(14) In questo senso, tra gli altri, Cons. St., Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332, in *Foro amm. CDS*, 2012, fasc. 3, p. 677; Cons. St., Sez. V, 29 dicembre 2011, n. 6980, *ivi*, 2011, fasc. 12, p. 3716; Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7262, *ivi*, 2010, fasc. 10, p. 2119; Cons. St., Sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514, *ivi*, 2011, fasc. 3, p. 852; Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6683, *ivi*, 2007, fasc. 12, I, p. 3528; Cons. St., Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, *ivi*, 2002, p. 2945; TAR Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 207, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, p. 3131; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 11 novembre 2010, n. 4392, *ivi*, 2010, fasc. 11, p. 3714; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 1887, *ivi*, 2010, fasc. 7-8, p. 2692; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 luglio 2010, n. 23768, *ivi*, 2010, fasc. 7-8, p. 2467; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 7 maggio 2010, n. 279, *ivi*, 2010, fasc. 5, p. 1663.

(15) Così, Cons. St., Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Foro amm. CDS*, 1996, p. 3227; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 25 giugno 1990, n. 186, *ivi*, 1990, p. 1514. In proposito, v., poi, Cons. St., 9 aprile 1999, n. 601, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 584, ove si evidenzia come la "(...) cosiddetta 'discrezionalità tecnica' (...) è altra cosa dal merito amministrativo (...)", in quanto "(...) ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta (...)". Il giudice rileva poi che "(...) L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili (...)", ma che "(...) una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità (...)" e che, pertanto, la "(...) questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito (...)".

tale questione renda necessaria la considerazione del complessivo procedimento preordinato all'affidamento dei contratti pubblici, previa verifica dei limiti posti all'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione in ordine all'individuazione degli elementi di valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

**2. L'individuazione degli elementi di valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: i limiti all'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione.** – Come si è anticipato, l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è strada percorribile ogni qualvolta l'amministrazione ritenga rilevanti, ai fini dell'individuazione della miglior offerta, determinati aspetti qualitativi della stessa<sup>(16)</sup>. Spetterà, quindi, alla stessa amministrazione la scelta di quegli elementi anche qualitativi (e non solo economici) che consentano l'individuazione della soluzione più idonea al soddisfacimento dell'interesse perseguito.

Per giurisprudenza costante tale scelta è connotata da ampia discrezionalità, "(...) dato che l'individuazione dei mezzi più idonei per la miglior cura dell'interesse pubblico involge una scelta di opportunità (...)"<sup>(17)</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che l'amministrazione sia libera di individuare gli elementi di cui si tratta in modo arbitrario. Nel compiere tale operazione, infatti, la stessa è tenuta al rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione<sup>18</sup> e, a tal fine, il legislatore pone limiti piuttosto precisi, rilevanti anche ai fini del sindacato di legittimità.

A tal proposito, assume innanzitutto rilievo quanto disposto dall'art. 83, comma 1, Codice dei contratti pubblici, in ossequio al principio di ragionevolezza, ove si sancisce che i criteri di valutazione dell'offerta devono essere "(...) pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (...)"<sup>(19)</sup>. Alla stregua dei principi

(16) In questo senso, v. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 8 ottobre 2008, n. 5, Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici.

(17) Così, Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2007, n. 5911, in *Foro amm. CDS*, 2007, fasc. 11, I, p. 3153. Nello stesso senso, per tutti, Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837, *ivi*, 2009, fasc. 2, p. 452; Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806, *ivi*, 2010, fasc. 6, p. 1275.

(18) Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28, in *Giur. it.*, 2006, fasc. 5, p. 1053; Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259, in *Foro amm. CDS*, 2009, fasc. 11, p. 2604.

(19) In proposito, si rileva, come la Corte di giustizia già nel 2002 aveva affermato che i "(...) criteri devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, devono essere tali da non conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, devono essere adeguatamente pubblicizzati e devono rispettare il principio di non discriminazione (...)" (Cons. giust. CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99,

costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, quindi, gli elementi di valutazione devono essere definiti avendo riguardo alle caratteristiche della prestazione oggetto del contratto da affidare, di modo da consentire l'individuazione dell'offerta che meglio garantisca il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto <sup>(20)</sup>.

Un ulteriore limite alla discrezionalità esercitabile in tale sede da parte dell'amministrazione è rappresentato dal divieto di commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, onde evitare, da un canto, possibili discriminazioni all'accesso alle gare e, d'altro canto, esiti viziati delle stesse.

In proposito, il giudice comunitario ha ritenuto che "(...) se è vero che, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati 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 (...)", con la conseguenza che "(...) 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 di cui trattasi (...)" <sup>(21)</sup>.

---

«Concordia Bus Filanda OY Ab» v. «Helsingin Kaupunki», in *Racc.*, 2002, I-7213, e in *Urbanistica e appalti*, 2003, n. 2, p. 168).

(20) Così, nell'ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus, nell'aggiudicazione dell'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione (Corte giust. CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, cit.); specularmente, in un'offerta per la fornitura di energia, non sono ammissibili criteri collegati alla quantità di energia prodotta oltre il consumo previsto e dunque non collegati all'oggetto del contratto (Corte giust. CE, 4 dicembre 2003, causa C-448/01, «EVN AG et Wienstrom GmbH» v. «Republik Österreich», in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 3505).

(21) Così, anche se sulla Direttiva 92/50, Corte giust. CE, 24 gennaio 2008, causa C-532/06, «Emm. G. Lianakis AE», punti 29 e 30, in *Racc.*, 2008, I, p. 251. In tale senso, in materia di appalti pubblici di lavori, C.G.C.E., 20 settembre 1988, causa C-31/87, «Beentjes», punto 19, in *Racc.*, 1988, p. 4635; 18 ottobre 2001, causa C-19/00, «SIAC Construction», punti 35 e 36, in *Racc.*, 2001, I-07725; e, in materia di appalti pubblici di servizi, Corte giust. CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, «Concordia Bus Finland», punti 54 e 59, cit., e 19 giugno 2003, causa C-315/01, «GAT», punti 63 e 64, in *Racc.*, I-6351. Sul punto, si veda, inoltre, circ. Presidente del Consiglio dei ministri,

Anche la giurisprudenza domestica ha, più volte, censurato la commistione tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta, affermando che "(...) l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta (...)" (22). Giova, comunque, evidenziare come tale divieto sembri incontrare una qualche attenuazione "(...) 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 (...)", in quanto dalla "(...) considerazione dell'esperienza maturata da una concorrente possono (...) trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni e dell'affidabilità dell'impresa, qualora tali aspetti non risultino preponderante nella valutazione complessiva dell'offerta (...)" (23).

---

dipartimento per le politiche europee, 1° marzo 2007, Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. Si segnala, in proposito, anche la Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 20 maggio 2009, n. 4, ove si evidenzia che "(...) Cruciale, al fine di una corretta applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è 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 (...)". In dottrina, G. PASQUINI, *Appalti pubblici: criteri di idoneità e criteri di selezione*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, p. 1272 ss.

(22) Così, Cons. St., Sez. V, 7 aprile 2009, n. 2147, in *Giornale dir. amm.*, 2009, fasc. 6, p. 641, Cons. St., Sez. V, 4 marzo 2008, n. 912, in *Ragiusan*, 2008, p. 291-292, p. 103; Cons. St., 8 marzo 2006, n. 1194, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3, p. 850; Cons. St., 16 aprile 2003, n. 1993, *ivi*, 2003, p. 1312; Cons. St., 13 novembre 2003, n. 7237, in *Ragiusan*, 2003, f. 239-40, p. 150; Cons. St., 15 giugno 2001, n. 3187, in *Foro amm.*, 2001, p. 6.

(23) In questi termini, Cons. St., Sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002, in *Ragiusan*, 2010, fasc. 315-316, p. 106; conf. Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808, in *Foro amm. CDS*, 2008, fasc. 11, p. 3005; cfr. anche Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716, *ivi*, 2009, fasc. 6, p. 1471; Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770, *ivi*, 2008, fasc. 6, p. 1810. Critico, Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che "(...) Anche a voler leggere il principio del divieto di commistione in maniera elastica, (...) di certo, non è questo il caso di specie, sia perché qui 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) sia 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 (...)", mentre va, di contro, rilevato che "(...) il criterio di privilegiare nell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica la quantità del fatturato pregresso rischia di operare come fattore limitativo della concorrenza sfavorendo, oltre il ragionevole, l'entrata nel mercato di nuovi imprenditori (...)".

Ciò, in ogni caso, a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'esito della procedura <sup>(24)</sup>.

Ancora in relazione a tale profilo, si evidenzia come un'ulteriore limitazione della discrezionalità amministrativa in ordine all'individuazione dei criteri di valutazione sia posta dall'art. 120, comma 1, terzo periodo, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 <sup>(25)</sup>, ove si dispone che "(...) ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, in relazione all'art. 83, comma 1, lett. e, Codice, si attengono ai criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008 [*id est*, il decreto di approvazione del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione], e successivi decreti attuativi, nonché, ai fini del contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, ai criteri individuati con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro dello sviluppo economico (...)".

La stazione appaltante incontra, poi, ulteriori limiti nella definizione dei criteri di valutazione di cui si tratta al momento della scelta del peso da attribuire a ciascun elemento dell'offerta <sup>(26)</sup>. In proposito, infatti, l'art. 120, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, dispone che, a fronte di un valore complessivo pari a cento, per gli appalti di lavori aventi ad oggetto (i) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione ag-

---

(24) In questo senso, con riferimento ad un appalto di forniture, Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2009, n. 5626, in *Giornale dir. amm.*, 2009, fasc. 12, p. 1313, a parere del quale tale opzione ermeneutica è predicabile a condizione che (i) "(...)" non vengano menzionati elementi distonici rispetto all'oggetto dell'appalto "(...)" ed (ii) agli "(...)" elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano (...) sulla qualità del servizio oggetto della procedura evidenziale (...)", "(...)" non sia attribuito un peso, in termini di punteggio, preponderante (...). Così, anche TAR Lazio, Roma, Sez. II, 15 settembre 2008, n. 8328, in *Giornale dir. amm.*, 2008, fasc. 11, p. 1155; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 6 luglio 2005, n. 5553, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, fasc. 4, p. 892; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 6 giugno 2007, n. 1590, in *Foro amm. TAR*, 2007, fasc. 6, p. 2199, che riconoscono la possibilità di "(...)" prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta soltanto a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto (...).

(25) D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (in G.U.R.I., 10 dicembre 2010, n. 288), Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

(26) In proposito, giova rammentare che l'art. 83, comma 2, Codice dei contratti pubblici, dispone il bando di gara, ovvero il bando o il documento descrittivo, nel caso di dialogo competitivo, non solo indichino i criteri di valutazione, ma precisino anche la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.

giudicatrice; (ii) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice (con acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta), "(...) i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a sessantacinque (...)".

Tale disposizione si inserisce in un contesto in cui la giurisprudenza amministrativa è unanime nel rilevare come conseguenza della mancata definizione legislativa del valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte sia l'ampio spazio così alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Discrezionalità da esplicitarsi, però, "(...) alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura (...) (27), in funzione "(...) delle peculiarità specifiche dell'appalto, e dunque dell'importanza che, nel caso concreto, ha il fattore prezzo o l'elemento qualità (...) (28), di talché "(...) la giusta combinazione tra gli elementi qualitativi ed il prezzo, ai fini di una corretta ponderazione, va ricercata non in un apprezzamento arbitrario dell'amministrazione appaltante, ma nella relazione tra bilanciamento dei criteri e caratteristiche [della prestazione richiesta], posto che da esse può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente economico (...) (29).

(27) Cons. St., Sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890, in *Foro amm. CDS*, 2010, fasc. 6, p. 1284, relativa all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, in cui il giudice ha ritenuto ragionevole e proporzionata la scelta di attribuire un peso prevalente (due terzi circa) all'elemento economico, in ragione della considerazione che "(...) l'elemento qualitativo non viene marginalizzato in modo da perdere ogni rilievo al fine di influenzare la scelta dell'aggiudicatario (...) e che "(...) il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico appare giustificato nel caso in esame dalla decisione dell'amministrazione di farsi integralmente carico dell'onere di rimborso spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14, comma 8, d.lgs. n. 164 del 2000, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo (...)". In tal senso, v. anche Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4540; Cons. St., Sez. V, 5 settembre 2009, n. 5217, entrambe in *Diritto dei servizi pubblici.it*, nonché Cons. St., Sez. V, 4 gennaio 2011, n. 2, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 5, p. 557 e, da ultimo, Cons. St., 17 gennaio 2011, n. 224, in *Diritto dei servizi pubblici.it*.

(28) Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2006, n. 5100, in *Foro amm. CDS*, 2006, fasc. 9, p. 2567, con cui il giudice ha ritenuto ragionevole la scelta della pubblica amministrazione di dare prevalenza all'elemento di prezzo rispetto a quello qualitativo, in considerazione della semplicità del servizio oggetto dell'appalto (trasporto marittimo dall'isola d'Elba all'isola di Pianosa a fini turistici, con una serie di servizi aggiuntivi, quali trekking, snorkeling, e simili).

(29) Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2848, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui il giudice ha ritenuto irragionevole l'appiattimento dell'elemento prezzo, in considerazione delle caratteristiche della prestazione dalla stazione appaltante - "(...)

Ne deriva che, nell'ipotesi in cui, in ragione dell'oggetto contrattuale, non trovi applicazione la disciplina di cui all'art. 120, comma 1, la scelta del peso da attribuire a ciascun elemento dell'offerta è rimessa, caso per caso, alla discrezionalità stazione appaltante, che dovrà a tal fine considerare le specificità del contratto e, quindi, l'importanza che, nel caso concreto, assumono il fattore prezzo e gli elementi qualitativi. Come rilevato dall'Autorità di vigilanza, in tale evenienza, il solo "(...) vincolo posto dal legislatore, comunitario e nazionale, è che sia il prezzo sia gli aspetti di carattere qualitativo dell'offerta siano oggetto di valutazione, atteso che l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nel "considerando" n. 46 della citata Direttiva n. 18 del 2004, è definita quella che tende a garantire il miglior rapporto tra qualità e prezzo (...)" (30). In caso contrario, invece, dovrà trovare applicazione l'ulteriore vincolo posto dal citato art. 120, con il quale, come si è visto, si impone all'amministrazione di attribuire un peso pari a sessantacinque (su un totale di cento) agli elementi qualitativi *ivi* contemplati.

**3. Il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa nell'ambito del (complesso) procedimento preordinato all'affidamento dei contratti pubblici.** – Individuati quelli che sono gli spazi lasciati all'autonoma scelta dell'amministrazione circa la determinazione dei criteri di valutazione delle offerte e l'attribuzione a questi dei rispettivi pesi, nonché i limiti all'esercizio di una tale discrezionalità, ai fini del corretto inquadramento sistematico della questione oggetto del presente contributo, si ritiene necessario contestualizzare tali profili nell'ambito del complessivo procedimento preordinato all'affidamento dei contratti pubblici. Procedimento che, come noto, costituisce attività strumentale all'interesse generale perseguito dalla pubblica amministrazione preposta dall'ordinamento alla relativa cura.

Sotto questo profilo, dunque, la definizione dei criteri di valutazione delle offerte è attività funzionale alla determinazione di come quell'interesse sarà concretamente soddisfatto.

Per meglio comprendere tale passaggio, giova rammentare che, nell'ambito di tale complesso procedimento, come prefigurato dall'art. 11, d.lgs. n. 163 del 2006, l'individuazione dell'interesse pub-

---

servizio di tipo ordinario, non caratterizzato da un particolare valore tecnologico ma con una forte connotazione di fornitura di beni fungibili, che qualsiasi offerente, ovviamente dotato di una adeguata organizzazione, sarebbe in grado di fornire secondo la qualità richiesta dall'amministrazione (...)" – "(...) ponendosi così in contraddizione logica, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, rispetto al tipo di contratto che l'amministrazione si proponeva di stipulare (...)"

(30) Così, Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, parere precontenzioso, 9 maggio 2010, n. 149.

blico da perseguire e dei modi della relativa soddisfazione (esempio, realizzazione di opera pubblica, approntamento di servizi, ecc.) rappresenta il presupposto necessario dell'affidamento del contratto ed, al tempo stesso, informa di sé la successiva individuazione degli elementi di valutazione delle offerte. Una volta identificati i bisogni (*id est*, l'interesse pubblico da perseguire) e identificato lo strumento tramite cui pervenirvi, l'amministrazione è chiamata, infatti, a determinare le modalità di valutazione di come quell'interesse sarà concretamente soddisfatto.

Gli elementi di valutazione delle offerte devono, quindi, in quest'ottica, essere tali da consentire il perseguimento dell'interesse individuato a monte dalla pubblica amministrazione, graduando, inoltre, gli altri interessi coinvolti.

In tale quadro, l'esercizio del potere discrezionale di cui si tratta si sostanzia nell'espletamento della funzione amministrativa, ovvero quella di apprestare gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, in precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97, Cost. I criteri in questione ed i relativi pesi devono, infatti, essere definiti in modo tale da consentire l'individuazione della miglior offerta, ossia dell'offerta che meglio delle altre permette il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante, il soddisfacimento dell'interesse generale sotteso alla realizzazione dell'opera o all'acquisizione del servizio.

Sotto diverso profilo, occorre evidenziare come tale potere debba essere esercitato in un momento antecedente alla definizione degli atti gara. Ai sensi dell'art. 11, comma 2, Codice dei contratti pubblici, infatti, "(p)rima dell'avvio delle procedure di affidamento (...) le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte (...)"<sup>(31)</sup>. Si tratta di un mero atto interno alla pubblica amministrazione<sup>(32)</sup>, avente carattere

---

(31) Nello stesso senso, si veda anche l'art. 192, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (in G.U.R.I., 28 settembre, n. 227), suppl. ord. n. 162 recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ove al comma 2 si sancisce che la determinazione del responsabile del procedimento, precedente alla stipulazione del contratto, deve indicare "(...) il fine che con il contratto si intende perseguire (...)", "(...) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali (...)", nonché "(...) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base (...)".

(32) Così, da ultimo, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 7 marzo 2012, n. 1160, in *Foro amm. TAR*, 2012, fasc. 3, p. 877, ove si afferma che la determinazione a

amministrativo, che costituisce manifestazione della volontà di avviare la procedura di affidamento e, per quanto qui di interesse, rappresenta un passaggio necessitato<sup>(33)</sup> della progressiva formazione della volontà della stessa amministrazione, ossia della graduale individuazione dei modi del perseguimento dell'interesse pubblico. Di qui, la conferma che l'individuazione dei criteri di selezione delle offerte altro non è se non il risultato dell'esercizio del potere preordinato alla cura dell'interesse generale attribuito alla competenza dell'amministrazione e, quindi, espressione della tipica discrezionalità amministrativa, come in precedenza definita<sup>(34)</sup>.

**4. Il rapporto tra criteri di valutazione delle offerte ed obblighi negoziali assunti dall'aggiudicatario.** – In riferimento alla scelta dei criteri di aggiudicazione – espressione, come si è visto, dell'esercizio della tipica discrezionalità amministrativa –, occorre dire come vi sia un rapporto (importante) tra questi, come voci ed elementi sottoposti a valutazione/giudizio, ed obblighi negoziali assunti dall'aggiudicatario.

A tal proposito, si deve evidenziare come una volta rese manifeste le scelte di cui si tratta e, quindi, successivamente alla formalizzazione nel bando<sup>(35)</sup> dei criteri di valutazione delle offerte e dei relativi punteggi, questi divengono elementi a carattere negoziale.

Questo passaggio, può essere meglio compreso, ove si consideri che le offerte presentate dai concorrenti sono *atti negoziali di diritto privato* – in particolare, *proposte contrattuali*<sup>(36)</sup> (ex art. 1326,

---

contrarre è "(...) è atto endoprocedimentale (...)” che esaurisce i propri "(...) effetti nell'ambito interno dell'amministrazione stessa (...)”; ma v. anche, per tutte, Cass., 3 gennaio 2001, n. 59, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2899; conf., in dottrina, G. FIDONE, *La determinazione a contrarre* in *Commentario al codice dei contratti pubblici* a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, p. 69.

(33) In tal senso, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, p. 277; A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, p. 1577; G. ROSSI, *Diritto amministrativo. Approfondimenti*, II, Milano, 2005, p. 99. Nello stesso senso, per tutte, Corte conti, Sez. giurisd. Reg. Liguria, 16 ottobre 2003, n. 858, in *Riv. corte conti*, 2003, fasc. 5, p. 97.

(34) In proposito, v. *supra*, § 1.

(35) Con riferimento a tale profilo, si evidenzia come la recente giurisprudenza abbia rilevato che "(l)'individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori e delle offerte (...)", che ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 163 del 2006 "(...) la determinazione deve contenere, è (...) assorbita, con efficacia nei confronti dei terzi, nel bando di gara (...)". Si avverte, in proposito, che esula dalle aspirazioni del presente intervento quella di affrontare la dibattuta questione circa la natura del bando di gara.

(36) In questo senso, A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, p. 543. Dello stesso avviso pare essere l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale ha affermato che "(l)'anello di congiunzione tra (...) offerta in sede di gara ed esecuzione della prestazione è costituito dal contratto

cod. civ.) – e che le stesse sono predisposte in funzione dei criteri individuati dall'amministrazione aggiudicatrice e dei pesi a questi attribuiti.

Ecco allora che è possibile cogliere come la preventiva determinazione di tali elementi necessariamente conformi le offerte dei concorrenti che sulla base degli stessi sono predisposte e, con queste, la proposta contrattuale che a seguito della valutazione risulti la migliore.

Sulla base di tali considerazioni sembra doversi ritenere che ciò che si offre, anche sul piano tecnico, qualitativo, estetico, oltre che su quello economico, va necessariamente ad integrare un obbligo negoziale e deve pertanto essere possibile, oggettivabile, coerente (*id est*, connesso) con la causa, l'oggetto e la natura del contratto *de quo*.

In altri termini, i criteri di aggiudicazione individuati dalla pubblica amministrazione non sono solo (e – si direbbe – meramente) strumentali all'esperimento della procedura di gara (*id est*, all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Si tratta, invece, di elementi che divengono, poi, contrattualmente vincolanti, ossia parte integrante dello strumento (il contratto) atto a consentire il soddisfacimento dell'interesse generale.

Di qui, la previsione normativa della necessaria pertinenza dei criteri in questione alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto da affidare, nonché il divieto di commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, (v. *supra*, § 2).

Se si considera, infatti, che i criteri di cui si tratta individuano alcuni degli elementi del contratto e, quindi, delle obbligazioni che verranno assunte dal contraente privato, ben si comprende la ragione per cui non possono essere introdotti elementi di valutazione relativi al concorrente in quanto tale (cioè come capacità, esperienze pregresse, ecc.) – che devono essere pesi in considerazione in sede di accertamento dell'idoneità degli offerenti – o, più in generale, elementi di valutazione che si configurano come mere dichiarazioni e non come obblighi negoziali. Altro, invece, è se gli eventuali elementi soggettivi previsti sono relativi a come il soggetto si impegna ad organizzarsi per l'esecuzione della prestazione, ben potendo tale previsione divenire un'obbligazione negoziale.

Lo stesso, poi, pare potersi ritenere con riferimento alla previ-

---

che deve contenere tutti gli elementi e gli strumenti atti a verificare il rispetto degli impegni assunti in sede di offerta (...)” (determinazione 24 novembre 2011, n. 7, Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture, cit.).

sione nel bando delle cosiddette clausole sociali e ambientali<sup>(37)</sup>. Clausole, queste, suscettibili di essere oggetto di valutazione in sede di gara solo se non estranee alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto da affidare e quindi, di converso, se strumentali alla prestazione che in tal modo l'amministrazione intende assicurarsi<sup>(38)</sup>.

Così ragionando, sembra poi doversi ritenere che analoghe considerazioni valgano anche per il rapporto tra criteri di aggiudicazione – con riferimento ai pesi attribuiti alle voci e più in generale ai parametri che esprimono il rilievo di ciascun aspetto sottoposto a valutazione sul totale complessivo – ed obblighi negoziali assunti dall'aggiudicatario. Nel senso che occorre dare rilievo (importanza) alle voci dell'offerta – che come detto faranno parte del contratto – in ragione (*id est*, in proporzione) della relativa strumentalità/funzionalità alla prestazione nel suo complesso.

Detto altrimenti, il peso attribuito alle differenti voci dovrebbe rispecchiare la capacità dei singoli elementi di giudizio – una volta divenuti obblighi negoziali – di concorrere al soddisfacimento dell'interesse generale perseguito. Ecco allora che, anche in relazione a tale profilo, meglio si coglie l'affermazione fatta in apertura del presente contributo, ove si è ritenuto che anche l'attribuzione dei pesi ai differenti criteri di valutazione sia espressione della tipica discrezionalità amministrativa.

Si tratta di aspetti che, fin qui, non sembrano adeguatamente approfonditi nel dibattito. La stessa giurisprudenza, sebbene affermi la necessità della coerenza dei criteri alle caratteristiche della prestazione richiesta e riconosca nell'individuazione della stessa l'esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>(39)</sup>, non sembra cogliere appieno (o quantomeno non esplicita) quella che, sulla base delle brevi considerazioni che si sono svolte,

---

(37) Il riferimento è, in particolare, all'art. 69, d.lgs. n. 163 del 2006, ove si dispone che "(l)e stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori (...)" e che "(d)ette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali (...)".

(38) Nello stesso senso, sembra essersi espressa la Commissione europea la quale – con riferimento ai servizi sociali di interesse generale e, segnatamente, alla possibilità di prevedere tra i criteri di scelta dell'affidatario la sua familiarità con il contesto locale – ha affermato che un tale elemento di valutazione può essere utilizzato nella misura in cui sia strettamente connesso alle prestazioni dedotte nel contratto (cfr., allegato alla Comunicazione della Commissione 20 novembre 2007, Servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo, COM(2007) 725 def.).

(39) Si rinvia, in proposito, alle pronunce citate *supra*, § 2.

pare essere la *ratio* della disciplina relativa all'aggiudicazione dei contratti pubblici con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. *Il giudizio della commissione giudicatrice mediante l'applicazione dei criteri definiti dall'amministrazione come espressione di discrezionalità tecnica.* – Appurato come quella esercitata dall'amministrazione in sede di individuazione del criterio di selezione delle offerte e degli elementi di valutazione delle stesse si configuri come esercizio di discrezionalità amministrativa, in quanto involge considerazioni circa il modo attraverso cui pervenire al soddisfacimento dell'interesse generale cui è preordinato l'affidamento del contratto, occorre ora verificare quale sia la natura della discrezionalità propria della commissione giudicatrice preposta alla valutazione delle offerte pervenute.

A tal proposito, si rileva come l'art. 83, comma 4, Codice dei contratti pubblici, nella sua attuale formulazione, sancisca che è competenza della stazione appaltante indicare in relazione a ciascun criterio di valutazione, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o sub-punteggi. Questa, la lettera della disposizione come risultante a seguito della modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. u, d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152<sup>(40)</sup>, anteriormente alla quale era previsto che la "(...) commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando (...)"

Il legislatore, quindi, in occasione del terzo intervento correttivo del Codice è intervenuto modificando la riportata disposizione, non solo a garanzia del principio di trasparenza, ma, a ben vedere, anche in senso maggiormente coerente alla lettura che si è proposta del procedimento di aggiudicazione dei contratti con il criterio dell'offerta più vantaggiosa. Se, infatti, è vero che gli elementi di valutazione delle offerte ed i relativi pesi assumono carattere negoziale dal momento che l'offerta (*id est*, la proposta di contratto) viene calibrata sugli stessi, appare evidente come ciò non possa avvenire ove tali aspetti non siano resi noti ai concorrenti prima della presentazione delle offerte, di modo da consentire loro di tenerne conto in sede di predisposizione<sup>(41)</sup>.

(40) D.lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (in G.U.R.I., 2 ottobre, n. 231, suppl. ord. n. 227), – Ulteriori disposizioni correttive e integrative del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, comma 3, l. 18 aprile 2005, n. 62.

(41) Chiarisce tale profilo, sebbene dal punto di vista della trasparenza,

La disposizione di cui si tratta sembra poi maggiormente coerente alla distribuzione delle competenze nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti. È, infatti, appannaggio della stazione appaltante l'individuazione dell'interesse perseguito e la ponderazione dello stesso con gli altri interessi rilevanti. Di qui, la previsione che nel caso in cui la stessa non sia in grado, per carenza di competenza, di stabilire gli elementi di cui si tratta tramite la propria organizzazione, sia possibile l'affidamento all'esterno del relativo incarico <sup>(42)</sup> – incarico che, comunque, verrà svolto in base alle indicazioni dell'amministrazione.

A seguito della novella in questione, si è pertanto assistito ad un'inversione dell'interpretazione giurisprudenziale, (i) prima, propensa ad ammettere che la commissione giudicatrice potesse legittimamente introdurre elementi di specificazione dei criteri generali di valutazione delle offerte stabiliti dal bando di gara o dalla lettera di invito, attraverso la previsione di sottovoci rispetto alle categorie principali già definite, ove ciò si fosse reso necessario per una più esatta valutazione delle offerte medesime e sempre a condizione che a tale determinazione di sottocriteri di valutazioni si fosse addivenuti prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte <sup>(43)</sup>; (ii) ora, unanime nell'escludere il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi <sup>(44)</sup>.

I criteri di valutazione delle offerte devono, quindi, essere espressi nel bando (e non in sede di gara), né specificati da parte dei commissari. Questi ultimi, sono chiamati ad esprimere un giudizio di merito tecnico applicando i parametri (voci, sotto-voci e relativi pesi) definiti dall'amministrazione e, quindi, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica <sup>(45)</sup>. In altri termini,

---

Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7256, che rileva come "(...) le offerte, una volta preventivamente indicato l'ambito degli aspetti che saranno valutati ai fini dell'aggiudicazione, possano essere consapevolmente calibrate sulle effettive esigenze della stazione appaltante (...)", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(42) Cfr. art. 83, comma 4, ultimo periodo, Codice dei contratti.

(43) V., *ex pluribus*, Cons. St., Sez. V, 19 aprile 2005, n. 1791, in *Foro amm. CDS*, 2005, fasc. 4, p. 1139; Cons. St., Sez. V, 20 gennaio 2004, n. 155, *ivi*, 2004, p. 134; Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533; Cons. St., Sez. V, 23 luglio 2002, n. 4022; *Id.*, 26 gennaio 2001, n. 264; Cons. St., Sez. V, 13 aprile 1999, n. 412; Cons. St., Sez. VI, 20 dicembre 1999, n. 2117; nonché TAR Marche, 15 marzo 2005, n. 241 e 16 giugno 2003, n. 607; TRGA, Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48; TAR Toscana, Sez. II, 17 settembre 2003, n. 5107, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(44) Così, *inter alia*, Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7256; TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 2 febbraio 2011, n. 987; TAR Brescia, Sez. II, 17 luglio 2009, n. 1519; TAR Catania Sicilia, Sez. II, 11 novembre 2010, n. 4392, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(45) Qualificano come tecnica la discrezionalità esercitata dalla commissione

la commissione giudicatrice deve esprimere il proprio giudizio in applicazione dei soli criteri indicati dalla stazione appaltante, tramite l'attribuzione di un punteggio alle proposte presentate, attenendosi alla norma tecnica elaborata dall'amministrazione (*lex specialis* di gara) e, pertanto, nell'esercizio di una discrezionalità di natura tecnica.

6. *Alcune brevi considerazioni in ordine alla discrezionalità dell'amministrazione nell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed i conseguenti riflessi sul sindacato del giudice amministrativo.* – Rimane da verificare quali siano i riflessi della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione sulla pervasività del sindacato del giudice amministrativo.

Nei paragrafi precedenti, si è visto come, una volta individuato l'interesse da perseguire ed ancora in sede di formazione della propria volontà, l'amministrazione individua i criteri di valutazione delle offerte che meglio di altri consentano il soddisfacimento del citato interesse, con ciò esercitando una discrezionalità avente natura amministrativa.

Seppure limitata, la sindacabilità delle scelte in tale sede compiute dalla stazione appaltante non è del tutto esclusa.

Quanto rilevato pare confermato dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, con riferimento all'individuazione dei criteri di valutazione e dei relativi pesi, ha ripetutamente affermato che le scelte così operate dall'amministrazione, in quanto ampiamente discrezionali, attengono al merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie, con la conseguenza che il controllo giurisdizionale in detta materia non dovrebbe essere esteso al merito amministrativo <sup>(46)</sup>.

---

giudicatrice in sede di valutazione delle offerte pervenute, tra gli altri, Cons. St., Sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514; Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7262; Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091; TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 2 febbraio 2011, n. 987; Cons. St., Sez. II, 8 luglio 2010, n. 23768; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 11 novembre 2010, n. 4392; TAR Trentino-Alto Adige, Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 207; TAR Sardegna, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 1887; TAR Umbria, Sez. I, 7 maggio 2010, n. 279; TAR Brescia, Sez. II, 17 luglio 2009 n. 1519; TRGA Bolzano, 10 gennaio 2008, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(46) In questo senso, si segnalano, *ex pluribus*, Cons. St., Sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890, ove si fa questione di macroscopica irragionevolezza; Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806; Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259; Cons. St., Sez. V, 5 settembre 2009, n. 5217; Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837, ove si parla di manifesta infondatezza, irragionevolezza, irrazionalità, sproporzione, illogicità e contraddittorietà; Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2848; Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4540; Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2848, ove

A tal proposito, si ritiene come le considerazioni che si sono svolte nei paragrafi precedenti sembrano consentire di trarre qualche utile indicazione circa l'oggetto del sindacato giurisdizionale. Si è visto, infatti, come debba sussistere una relazione tra gli elementi di valutazione delle offerte individuati e l'interesse perseguito. Di più, un tale collegamento deve sussistere tra i citati elementi ed il contratto – come peraltro espressamente disposto dall'art. 83, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 –, essendo quest'ultimo lo strumento tramite il quale si intende soddisfare l'interesse individuato.

Avendo riguardo a tale profilo, quindi, il sindacato del giudice amministrativo sembra dover vertere, oltre che sulla ragionevolezza, sulla coerenza tra i criteri di valutazione individuati dalla stazione appaltante e l'interesse perseguito tramite l'affidamento del contratto. In altri termini, il giudice sembra chiamato a verificare se tra quelli indicati nel bando di gara sussistano elementi di valutazione estranei e non coerenti (*id est*, non strumentali) rispetto ai bisogni che l'amministrazione intende soddisfare.

Diverse sono le considerazioni da svolgere con riferimento all'ampiezza ed all'oggetto del sindacato relativo alle determinazioni delle commissioni giudicatrici. Come si è visto, le valutazioni da queste compiute attengono all'esercizio della discrezionalità tecnica di cui le stesse godono. Queste ultime esprimono, infatti, il proprio giudizio sulla base di cognizioni tecnico-specialistiche ed attenendosi ai soli criteri indicati dalla stazione appaltante, fermi i limiti di legge, con la conseguenza che le richiamate decisioni dovrebbero essere sindacabili nei soli limiti della legittimità e, più specificamente del solo eccesso di potere.

A tal proposito, si rileva come il giudice amministrativo, evidenziando la complessità delle discipline specialistiche di riferimento e l'opinabilità dell'esito degli apprezzamenti tecnici, abbia affermato che il giudizio delle commissioni sfugge al suo sindacato "(...) in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, di illogicità manifesta, della

---

si parla di contraddizione logica rispetto al tipo di contratto da affidare; Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2006, n. 5100; Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3822; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 27 gennaio 2011, n. 115, ove si fa questione di palese irrazionalità; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 1376; Cons. St., Sez. III *quater*, 13 novembre 2008, n. 10141; TAR Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nello stesso senso, v. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, parere precontenzioso, 18 novembre 2010, n. 210 e 9 maggio 2010, n. 149, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti (...)” (47).

In quest’ultima ipotesi, però, occorre segnalare come il giudice amministrativo abbia a disposizione un ulteriore mezzo istruttorio, ossia la consulenza tecnica d’ufficio (48), di cui all’art. 67, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (49). Come di recente affermato dal Consiglio di Stato, infatti, sebbene nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità non compete al giudice amministrativo sindacare valutazioni appartenenti al merito delle scelte operate da organi dotati di potere tecnico discrezionale, ciò (...) non preclude, né sul piano sostanziale né su quello probatorio, al giudice di sottoporre ad analisi (...) il procedimento seguito dalla pubblica amministrazione per individuare elementi sintomatici della sussistenza di uno dei vizi di legittimità formale e sostanziale (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) che della discrezionalità, amministrativa o tecnica, costituiscono il limite (...), anche con l’apporto di elementi documentali esterni ovvero di una CTU (50). In tale evenienza, quindi, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della commissione giudicatrice, potrebbe svolgersi in base non al mero controllo

(47) Così, Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7262. Nello stesso senso, v., anche, Cons. St., Sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514, ove si afferma che (...) il giudizio di discrezionalità tecnica, caratterizzato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell’esito delle valutazioni, sfugge al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, della illogicità manifesta, della erroneità dei presupposti di fatto e della incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti (...); Cons. St., Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6686; Cons. St., Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004; TAR Trentino-Alto Adige, Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 207; TAR Sardegna, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 1887; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 luglio 2010, n. 23768; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 settembre 2009, n. 4981; TRGA Bolzano, 10 gennaio 2008, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(48) Sulla consulenza tecnica d’ufficio, v., oltre alla manualistica, per tutti, E. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d’ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Consiglio di Stato*, 2000, fasc. 11, pp. 2371 ss.; T. NICOLAZZI, *Consulenza tecnica d’ufficio nel processo amministrativo e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm. TAR*, 2003, fasc. 11, p. 3412 ss.; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio*, ivi, 2008, fasc. 12, p. 3533 ss.; M. E. SCHINAIA, *Cenni sulla fase istruttorio nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella legge n. 205, con particolare riferimento alla consulenza tecnica d’ufficio*, in *Consiglio di Stato*, 2001, fasc. 5-6, p. 1029 ss.

(49) D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (in G.U.R.I., 7 luglio, n. 156), suppl. ord. n. 148, attuazione dell’art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo.

(50) Così, da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito, ma "(...) attraverso l'eventuale verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (...)"<sup>(51)</sup>, potendo il giudice a tal fine utilizzare e ricorrere anche alla CTU.

A chiosa di queste brevi considerazioni sembra pertanto potersi rilevare come la giurisprudenza amministrativa sia giunta a conclusioni non dissimili da quelle sopra ipotizzate avendo riguardo alla disciplina complessiva del procedimento di aggiudicazione dei contratti pubblici mediante il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

---

(51) In tal senso, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 6 novembre 2007, n. 10914, che riprende Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001, che, a sua volta richiama la celebre pronuncia Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).