

TAR Veneto: non si pesano i sub-criteri dopo l'apertura delle offerte tecniche (nota a TAR Veneto, Sez. I, sentenza 15 maggio 2018 n. 528)*

Con la decisione in commento il Tar Veneto ha annullato una procedura di gara dopo che quest'ultima era già stata aggiudicata in via definitiva, determinando così la necessità per la stazione appaltante di indire una nuova selezione pubblica.

La gara era stata bandita dalla BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A. (partecipata da tutti i comuni del Bellunese per la gestione, *in primis*, del servizio idrico integrato) ed aveva ad oggetto i lavori di "completamento delle opere di adduzione dell'acquedotto "Rio dei Frari", da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dopo l'aggiudicazione definitiva ad uno dei tre R.T.I. partecipanti alla gara (Fontana S.r.l.), il R.T.I. classificatosi terzo in graduatoria (Impresa Costruzioni Tollot S.r.l.) ha promosso ricorso al Tar Veneto chiedendo, in via principale, di escludere le offerte dei primi due per la loro non conformità alle specifiche tecniche e prestazionali dei materiali di cui alle norme tecniche del capitolato speciale d'appalto; e la conseguente aggiudicazione a proprio vantaggio.

In via subordinata, il raggruppamento ricorrente ha fatto valere il proprio interesse strumentale all'annullamento della gara e alla sua riedizione, censurando l'illegittimità dell'operato della commissione giudicatrice per aver attribuito, dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, un peso maggiore a taluni dei sub-criteri indicati nel disciplinare e per aver introdotto, di fatto, anche un nuovo sub-criterio.

Il Tar Veneto ha respinto il motivo principale, accertando in particolare la conformità dell'offerta risultata aggiudicataria al capitolato speciale d'appalto.

In sintesi, richiamando sul punto alcuni precedenti giurisprudenziali ed il parere dell'ANAC n. 151 del 27/9/2012, il Tar Veneto ha confermato che la prescrizione della *lex specialis* di gara, la quale imponga una formulazione dell'offerta comprensiva di uno specifico prodotto fornito solo da un operatore economico, omettendo la menzione del termine "*o equivalente*", senza che tale scelta sia giustificata, è in palese violazione dell'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016 e, comunque, in contrasto con i principi di libera ed effettiva concorrenza e di *par condicio* (cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10/3/2017, n. 394).

Nella fattispecie, il riferimento della *lex specialis* di gara ad una determinata specifica tecnica (nel caso di specie, la normativa UNI 9163, ndr) doveva perciò intendersi come comprensivo anche dell'espressione "*o equivalente*", in ossequio al consolidato canone ermeneutico (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31/1/2001, n. 343; Cons. Stato, Sez. IV, 31/5/1999, n. 955, Cons. Stato, Sez. V, 27/9/1990, n. 694; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 17/6/2008, n. 5916) secondo cui, nel dubbio, l'atto amministrativo va interpretato dando preferenza alla soluzione che ne privilegia la legittimità.

Il Tar Veneto ha invece accolto i motivi fatti valere in via subordinata dalla ricorrente che miravano all'azzeramento della procedura di gara.

In particolare, ha accolto il motivo con cui la ricorrente ha censurato l'attribuzione da parte della Commissione giudicatrice, dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, di un peso maggiore a taluni dei sub-criteri indicati nel disciplinare, introducendo anche un nuovo sub-criterio (riguardante il minor ricorso al subappalto).

I giudici veneti hanno confermato che la graduazione dell'importanza e del peso dei sub-criteri dopo l'apertura delle buste con le offerte tecniche comporta il rischio che si possano premiare offerte già conosciute, plasmando i sub-punteggi in modo da valorizzarne le specifiche caratteristiche (così anche T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 11 febbraio 2017, n. 75; T.A.R. Liguria, Sez. II, 23 giugno 2010, n. 5252; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 27 novembre 2007, n. 1854). Pertanto, secondo il Tar Veneto, il divieto di graduare i sub-criteri, attribuendo ad essi sub-punteggi, dopo l'apertura delle offerte tecniche, costituisce principio generale delle procedure a evidenza pubblica che, ove violato, determina l'illegittimità della gara indipendentemente dalla dimostrazione - pari ad una *probatio diabolica* - che ne sia stato condizionato l'esito (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, n. 75/2017; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 3 novembre 2008, n. 1476).

Con riferimento all'introduzione di un maggior punteggio per il minor ricorso al sub-appalto, nella decisione si legge che esso costituisce la previsione di un vero e proprio nuovo sub-criterio ad opera della Commissione di gara, in violazione del divieto ora sancito dall'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 19 maggio 2017, n. 5971; T.A.R. Marche, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 358; T.A.R. Umbria, Sez. I, 13 giugno 2016, n. 499).

Valentino Peterle

*[Sentenza n. 528_2018](#)