



Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

**RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA
IN TEMA DI PROCEDURE
AD EVIDENZA PUBBLICA**

Fascicolo n. 5

a cura dell'avv. *Francesco Armenante*

Dicembre 2009

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 7 settembre 2009, n. 5245

Sui presupposti per la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. (fattispecie relativa alla revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto).

Ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti paciscenti di comportarsi secondo buona fede in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 del codice civile; tanto è vero che l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. non è preclusa dall'intervenuta stipulazione del contratto.

Con riferimento alle procedure di gara, la responsabilità precontrattuale della P.A. può configurarsi sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia, ed in particolare: a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi.

Non è configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che si sia motivatamente e tempestivamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse comportanti variazioni agli obiettivi perseguiti; in tal caso, infatti, all'Amministrazione non è contestabile alcun comportamento lesivo dell'affidamento dei partecipanti. Tale principio, tuttavia, è applicabile nel caso di diniego di aggiudicazione e non è applicabile al caso di ritiro di una precedente aggiudicazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 2 ottobre 2009, n. 6002

Sulla possibilità, nel caso di appalti di servizi, di valutare la pregressa esperienza delle imprese e sulla necessità o meno di menzionare nei verbali le modalità di conservazione dei plichi.

Il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta ("criteri di selezione dell'offerta") e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente ("criteri di selezione dell'offerente"), conosce un'applicazione attenuata 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. 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 preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta.

E' irrilevante, ai fini della legittimità delle operazioni di gara, il fatto che nei verbali non siano state precisate le modalità con le quali sono stati custoditi i plichi contenenti le offerte, nel caso in cui risulti comunque che i plichi contenenti le offerte siano stati aperti in seduta pubblica, previo controllo della loro integrità e risulti altresì che l'organo di gara ha usato alcune cautele nella custodia degli atti (depositandoli in una stanza apposita). A fronte di tali circostanze, infatti, per fare ritenere illegittime le operazioni, occorre offrire almeno un principio di prova idoneo a far sospettare l'avvenuta alterazione indebita dei pieghi o, comunque, si deve indicare un elemento concreto dal quale desumere l'irregolare svolgimento, sotto questo profilo, della procedura.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III - sentenza 6 ottobre 2009, n. 2247

Sui limiti che incontra il potere delle Stazioni appaltanti di prevedere nei bandi di gara requisiti ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla legge.

Le Amministrazioni pubbliche ben possono richiedere alle imprese partecipanti alle gare requisiti più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché per tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e adeguatezza e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto; occorre a tal fine procedere ad un equo bilanciamento dei diversi interessi, non relegando ad un ruolo marginale la tutela della concorrenza e il *favor participationis*, e ciò anche in relazione al disposto dell'art. 42, c. 3, del d.lgs. 163/06 (riproduttivo dell'art. 44, c. 3, Direttiva CE 31.3.05 18/04/CE), secondo cui le informazioni sulla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II - sentenza 9 ottobre 2009, n. 9861

Sul carattere tassativo delle cause di esclusione previste dai bandi di gara.

In materia di appalti pubblici, le cause di esclusione previste dalla legge o dal bando di gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare pretesi significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio e l'esigenza della più ampia partecipazione.

L'inosservanza delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara circa sia le modalità di presentazione dell'offerta, che i contenuti della stessa, può provocare l'esclusione dalla gara di una impresa concorrente solo quando tale sanzione sia comminata espressamente dal regolamento di gara. In altri termini, l'esclusione delle offerte dalle gare deve essere espressamente comminata da una previsione della *lex specialis* di gara e non può dipendere, genericamente, dalla violazione di una qualsiasi prescrizione del bando.

Il criterio c.d. teleologico di interpretazione del bando di gara (secondo cui l'inosservanza di una determinata prescrizione del bando di gara o della lettera d'invito circa le modalità di presentazione dell'offerta implica l'esclusione del concorrente solo quando si tratta di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio tra i concorrenti e del correlato principio della segretezza delle offerte) è valido ed applicabile solo quando sussista un'effettiva incertezza interpretativa e non quando la prescrizione sia univoca, essendo imposta dalla stessa Amministrazione appaltante.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 14 ottobre 2009, n. 6311

Sulla necessità o meno di escludere una impresa che abbia inserito ulteriore documentazione, sulla possibilità o meno di prevedere una seduta segreta per alcune fasi di gara, sulla legittimità o meno della valutazione in forma numerica delle offerte nel caso in cui sia previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e sul metodo del c.d. confronto a coppie.

Il principio secondo cui l'onere di impugnazione si concretizza per l'interessato nel momento in cui esso viene escluso, non si applica anche nel caso di omessa esclusione di altro concorrente; per tale ipotesi, invece, continua a valere il principio generale secondo il quale la lesione diventa attuale e definitiva soltanto con l'aggiudicazione.

I principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma sono derogabili dalla "*lex specialis*", la quale, ove trattisi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica e, per esigenze di economicità della procedura, anche che tanto sia effettuato previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa: l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche.

Con riguardo all'apertura dell'offerta economica, non esiste alcuna regola espressa, e nemmeno alcuna pronuncia della Corte di Giustizia, circa l'obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre la pubblicità di tale operazione, che può avvenire in seduta non pubblica qualora la gara comporti, come nel caso del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una comparazione di più fattori.

Il verbale della gara di appalto è dotato, sul piano probatorio, di una forza privilegiata tale che esso fa piena prova, fino a querela di falso, oltre che della sua provenienza e delle dichiarazioni delle parti, degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti; ne consegue che il verbale di gara non può essere oggetto di impugnazione per la materiale operazione di verifica del contenuto delle buste presentate dai concorrenti, cioè per la mera attività di verbalizzazione di fatti avvenuti in presenza del pubblico ufficiale, attività che non consente margine di apprezzamento discrezionale e la cui contestazione non può che assumere la forma della querela di falso.

Secondo l'orientamento ormai prevalente, il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e

puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato della P.A., sia da parte del privato interessato che del Giudice amministrativo, il quale deve poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 19 ottobre 2009, n. 6393

Sulla prevalenza del c.d. "accesso difensivo" previsto dall'art. 13, comma 6, del Codice dei contratti pubblici.

La disciplina per l'accesso agli atti delle procedure di gara prevista dall'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006, nel rinviare alla disciplina generale dell'accesso dettata dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, prevede tuttavia al comma 5 che "sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Con tale disposizione il legislatore ha inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti. Lo stesso comma 5 subordina, tuttavia, il funzionamento della predetta causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, infatti, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. In mancanza di apposita dichiarazione, pertanto, la causa di esclusione in questione non opera.

L'art. 13, 6° comma, del D. Lgs. n. 163/2006, nello stabilire che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso", riafferma la tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990.

Né l'art. 13, comma 6, D. Lgs. n. 163/2006, né l'art. 24 della legge n. 241/1990, nella formulazione risultante a seguito della legge n. 15/2005, prevedono che l'accesso c.d. difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa e debba essere esercitato nella forma della sola visione, senza estrazione di copia. E' pertanto illegittimo il provvedimento con cui si è limitato il diritto di accesso all'offerta tecnica presentata dalla ditta aggiudicataria, consentendone la sola visione e non anche l'estrazione di copia.

Sulla possibilità o meno di accludere una sola fotocopia del documento di identità del dichiarante nel caso di pluralità di autodichiarazioni inserite in più buste presentate in sede di gara.

1. Le autocertificazioni, per la loro giuridica esistenza ed efficacia, necessitano della sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa, resa in presenza di un agente addetto, ovvero dell'allegazione di copia fotostatica, ancorché non autenticata, di un documento del sottoscrittore; quest'ultimo obbligo è inderogabile in ragione della sua introduzione quale forma di semplificazione, con la conseguenza che l'allegazione della copia fotostatica del documento di identità non rappresenta un vuoto formalismo, ma costituisce fondamentale elemento della fattispecie normativa diretta: 1) a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica; 2) a garantire, attraverso l'assunzione di responsabilità penale, la veridicità della dichiarazione.
 2. Nel caso in cui si debbano rendere una pluralità di dichiarazioni vergate in uno stesso foglio od in più fogli, esse possono essere corredate da una unica copia del documento solo allorché siano state inserite nella stessa busta, perché in tal caso l'unicità della busta consente di riferire la copia del documento ad ogni dichiarazione.
 3. E' legittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto che ha reso alcune delle autodichiarazioni prescritte dal bando di gara senza allegare ad esse la fotocopia del documento di identità del dichiarante, a nulla rilevando che tale fotocopia sia stata allegata ad altre autodichiarazioni inserite in diversa busta, anche se se quest'ultima sia contenuta in unico plico.
-

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 30 ottobre 2009, n. 6708

Sui casi in cui l'erroneità o l'incompletezza della dichiarazione circa il subappalto può comportare esclusione dalla gara, sulla sindacabilità in s.g. del giudizio di congruità delle offerte nel caso in cui esso risulti immotivato ed "ictu oculi" ingiustificato, e sulla possibilità o meno di escludere le offerte nel caso di mancata presentazione delle c.d. giustificazioni preventive.

L'attribuzione dei punteggi nelle gare d'appalto è espressione di discrezionalità non solo tecnica, ma anche amministrativa, e - come tale - soggetta a sindacato giurisdizionale per eccesso di potere sotto il profilo delle figure sintomatiche del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta, dell'erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza dell'iter valutativo e dei relativi esiti; il che comporta che il giudice può verificare "*ab externo*" la congruità e la non contraddittorietà dell'istruttoria compiuta e della valutazione esternata, senza però che gli sia consentito sostituirsi all'Amministrazione nella valutazione dell'offerta. Tali principi vanno applicati con ancor maggiore rigore nel campo della valutazione del giudizio di anomalia delle offerte, laddove la scelta del legislatore comunitario e nazionale, in diretta applicazione di fondamentali principi di trasparenza e non discriminazione, è stata nel senso di rafforzare il contraddittorio procedimentale e preprocessuale.

In virtù della *ratio* e della finalità deflattiva del meccanismo normativo di verifica della congruità dell'offerta, non possono essere articolate per la prima volta in sede giurisdizionale giustificazioni che non siano state proposte nell'ambito del subprocedimento amministrativo svoltosi dinanzi alla stazione appaltante.

Le giustificazioni preventive delle offerte non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta. La prescrizione *ex art. 87, comma 5, del d.lg. 163/2006 e s.m.i.*, comportante l'obbligo di presentazione delle giustificazioni unitamente alle offerte, ha infatti come scopo quello di accelerare il procedimento e consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte; la prescrizione in questione dunque impone alle imprese un mero onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I - sentenza 3 novembre 2009, n. 2602

Sulla legittimità o meno della clausola di un bando che impone il possesso di un centro di cottura localizzato nel Comune committente.

E' illegittima la clausola di un bando di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che prescrive - quale requisito inderogabile di partecipazione - il possesso di un centro di cottura localizzato nel territorio del Comune committente, in quanto, da un lato, manifestamente sproporzionata e distorsiva della concorrenza e, dall'altro, non utile ai fini della individuazione del miglior contraente, né giustificabile con finalità di controllo dell'attività di confezionamento.

La suddetta clausola è da ritenere distorsiva della concorrenza, atteso che pretendere la presenza nel Comune o l'acquisizione, non importa a quale titolo, dei locali di confezionamento dei cibi, importa l'imposizione di un dispendio economico e organizzativo, per i potenziali concorrenti, del tutto sproporzionato e incoerente con qualsiasi canone di economicità; non si può logicamente pretendere, invero, che in ambiti territoriali circoscritti un operatore del settore sia costretto ad attivare centri di cottura in ogni Comune in cui siano presenti scuole pubbliche, ciò urtando con ovvi principi di economicità e di risparmio su scala aziendale, determinando un indubbio favoritismo per quei pochi soggetti – o quell'unico soggetto, come nella specie – che sono presenti in quel preciso ambito territoriale

Inoltre, tale clausola appare di per sé irragionevole ed eccedente le finalità di selezione del miglior contraente, poiché l'ubicazione della struttura nella quale vengono preparati i pasti è sì legittimamente valutabile da parte dell'amministrazione, ma ciò non può che avvenire in relazione alla distanza chilometrica dalle scuole ed al tempo medio di percorrenza stradale, onde garantire la freschezza dei pasti consegnati alle scuole, senza che assurga a fattore discriminante la circostanza che il centro cottura ricada o meno nei confini comunali.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I TER - sentenza 4 novembre 2009, n. 10828

Sulla possibilità o meno, per la commissione di gara di specificare i criteri di valutazione delle offerte, sulla legittimità o meno della valutazione in forma numerica delle offerte, sull'ammissibilità o meno di referenze bancarie rilasciate prima della pubblicazione del bando.

Prima dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 163 del 2006, si era consolidato il principio secondo il quale, nel caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito ben potevano essere configurati dalle commissioni giudicatrici, seppure soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte e ciò indipendentemente dalla circostanza che i componenti la commissione avevano concretamente preso conoscenza delle offerte stesse.

A seguito all'entrata in vigore dell'art. 83, quarto comma, del D.L.vo n. 163 del 2006, nel caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non sussiste più la discrezionalità della commissione di gara nella specificazione dei criteri, dovendosi escludere che la commissione stessa abbia facoltà di integrare il bando, dovendo quest'ultimo prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri; ne consegue l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi .

Nelle procedure di gara pubblica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica può essere considerata correttamente effettuata, mediante l'attribuzione di un mero punteggio numerico, allorché nel bando di gara siano stati preventivamente e puntualmente prefissati dei criteri sufficientemente dettagliati, con la individuazione del punteggio minimo e massimo attribuibile alle specifiche singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione e costituenti i diversi parametri indicatori della valenza tecnica dell'offerta; per cui ciascun punteggio è correlato ad un parametro tecnico-qualitativo precostituito, in grado di per sé di dimostrare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla commissione giudicatrice, al punto da non richiedere una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso compiutamente il giudizio negli stessi punteggi e nella loro graduatoria.

Legittimamente vengono ritenute valide le referenze bancarie prodotte da una impresa, anche se esse recano una data anteriore a quella di pubblicazione del bando, atteso che ciò che conta, per le referenze bancarie, è il dato sostanziale relativo alla loro idoneità ad attestare l'affidabilità dell'impresa concorrente (nella specie, peraltro, la *lex specialis* di gara richiedeva solo che le referenze bancarie fossero "idonee", così come previsto

dall'art. 41 del Codice dei contratti pubblici, senza affatto stabilire una soglia cronologica di attendibilità).

Poichè le giustificazioni preventive consistono in elaborati che i concorrenti hanno l'onere di allegare già all'offerta, al fine di accelerare la verifica della congruità delle offerte anomale, nel caso in cui esse siano previste è possibile per la stazione appaltante stabilire la congruità dell'offerta se essa risulti già dai documenti prodotti, non sussistendo in tale ipotesi la necessità di aprire il sub-procedimento di verifica, con conseguente risparmio di tempo e di energie, sia per l'Amministrazione che per l'aggiudicatario .

La motivazione del giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala deve essere rigorosa ed analitica soltanto nel caso di giudizio negativo, mentre nel caso di giudizio positivo non è necessario che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, con la conseguenza che il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta non richiede puntualità di argomentazioni, essendo sufficiente anche una motivazione per relationem alle stesse giustificazioni presentate dal concorrente sottoposto al relativo obbligo.

Il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o affette da errori di fatto. Questo significa che in ogni gara pubblica l'attendibilità dell'offerta va valutata nella sua globalità; del resto, lo stesso art. 88, comma 7, del Codice dei contratti, stabilisce che, all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante dichiara l'eventuale esclusione dell'offerta che risulta, "nel suo complesso", inaffidabile.

TAR UMBRIA – PERUGIA, SEZ. I - sentenza 5 novembre 2009, n. 662

Sul diritto di accesso e segreti tecnici o commerciali.

L'art. 13 del D. Lgs. n. 163/2006, nel prevedere il divieto di accesso alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali", non prevede un divieto assoluto, in quanto lo stesso articolo consente l'accesso "al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso" (c.d. accesso difensivo). Tale norma, pertanto, impone alla stazione appaltante di effettuare un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza.

Sulla natura di collegio perfetto delle commissioni di gara, sulla partecipazione di supplenti e sulla derogabilità o meno del principio di continuità delle operazioni di gara.

La commissione giudicatrice di una gara di appalto costituisce un collegio perfetto che deve operare con il plenum e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti. La natura di collegio perfetto della suddetta commissione non è inficiata dalla nomina di supplenti, ma, anzi, ne è confermata. Infatti il plenum dei componenti del collegio perfetto va riferito alla contestuale presenza del numero di componenti previsto, e non alla necessaria identità fisica delle persone che compongono il collegio.

Lo scopo della supplenza, nel caso di commissioni di gara, è quello, da un lato, di garantire che il collegio possa operare con il plenum anziché con la sola maggioranza, in caso di impedimento di taluno dei membri effettivi, e dall'altro lato che la commissione svolga le sue operazioni con continuità e tempestività, senza che il suo agire sia impedito o ritardato dall'impedimento di taluno dei suoi componenti. Ai fini della legittimità dell'intervento del supplente in una commissione di gara, non è indispensabile che nel verbale si dia atto dell'impedimento del componente effettivo, atteso che, stante la legittimazione istituzionale del supplente a sostituire il membro effettivo per ogni suo impedimento, anche temporaneo, la verbalizzazione espressa dell'impedimento si tradurrebbe in una mera clausola di stile.

Il principio di continuità delle gare di appalto, secondo cui le gare stesse devono svolgersi in unica seduta, o in più sedute consecutive, costituisce un principio tendenziale, che deve applicarsi per soddisfare due esigenze fondamentali: a) garantire la celerità delle operazioni, in ossequio al principio del buon andamento e di efficienza dell'amministrazione, per un verso, e, per altro verso, l'assoluta indipendenza di giudizio di chi presiede la gara onde sottrarlo a possibili influenze esterne; b) impedire che i criteri di valutazione delle offerte vengano formulati dopo la conoscenza delle stesse.

Il principio di continuità della gara, in concreto, non viene violato se: 1) le operazioni di gara si svolgano con ragionevole celerità, anche se non in un unico giorno o in pochi giorni consecutivi; 2) la fissazione dei criteri di valutazione delle offerte preceda la conoscenza delle offerte medesime; 3) venga rispettato il principio di segretezza delle operazioni di gara fino alla enunciazione dell'esito della stessa. In termini più generali, inoltre, il principio di continuità della gara può essere derogato qualora si verificino situazioni particolari che obiettivamente impediscano la concentrazione e la conclusione delle operazioni di gara in un numero ristretto di sedute.

CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 6 novembre 2009, n. 283

Sulla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza (incostituzionalità di alcune disposizioni contenute nella L. Reg. Puglia n. 14 del 2008 che hanno dettato - in materia di concorso di idee e concorso di progettazione - disposizioni diverse).

L'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato. Ai fini dell'individuazione dell'ambito materiale della tutela della concorrenza, non ha rilievo la distinzione tra contratti sopra-soglia e sotto-soglia, perché tale materia trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento al valore economico dell'appalto, sicché anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale.

TAR SARDEGNA, SEZ. I - sentenza 9 novembre 2009, n. 1721

Sulla legittimità o meno di una clausola del bando di un appalto di servizi che impone di dimostrare la capacità tecnica mediante servizi analoghi in precedenza svolti e sulla possibilità o meno di differire la dimostrazione del requisito in parola al momento del periodo di prova.

E' legittimo il bando di gara indetto per l'affidamento di un appalto di servizi nella parte in cui richiede ai partecipanti, quale requisito di capacità tecnica, quello afferente ai servizi in precedenza prestati ad amministrazioni e/o enti pubblici o a privati, atteso che l'art. 42, comma 1, lett. a), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, rimette alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione nella *lex specialis* di gara di «uno o più» dei modi di dimostrazione della capacità tecnica, fra quelli elencati dalla medesima norma, e la scelta di uno solo di essi non è irragionevole se rapportata all'oggetto dell'appalto e alle sue peculiarità.

Va esclusa dalla gara di appalto una impresa che abbia omesso, così come invece previsto dal bando, di dichiarare i servizi analoghi effettuati ad amministrazioni e/o enti pubblici o a privati negli ultimi tre anni, con indicazione degli importi delle date e dei destinatari. D'altra parte, deve ritenersi che, se la ditta partecipante non può dimostrare di aver svolto servizi analoghi, può dimostrare altrimenti la propria capacità tecnica, ma non può pretendere, né l'Amministrazione può consentire (come invece era stato fatto nella specie) che la verifica di tale capacità sia omessa e spostata al momento del periodo di prova.

Sulla natura dell'aggiudicazione provvisoria e sui presupposti per l'eventuale revoca

L'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto è un atto ad effetti instabili, del tutto interinali, a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario. In attesa dell'aggiudicazione definitiva e del concreto inizio del servizio non vi è infatti alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente che possa postulare il riferimento in sede di revoca dell'aggiudicazione ad un interesse pubblico giustificativo del sacrificio del privato e l'Amministrazione ha altresì il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione.

E' legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria giustificata da un nuovo apprezzamento della fattispecie in base a circostanze sopravvenute, essendo collegata ad una facoltà insindacabile dell'Amministrazione che non si inserisce in alcun rapporto contrattuale, ma attiene ancora alla fase di scelta del contraente, in cui l'Amministrazione ha la possibilità di valutare la persistenza dell'interesse pubblico all'esecuzione delle opere appaltate.

La P.A. può provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, anche in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione, specialmente se l'intervento in autotutela di tipo caducatorio è basato su una valutazione di convenienza economica.

E' idonea a supportare la legittimità di un provvedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria di una gara pubblica, la considerazione postuma, effettuata dalla stazione appaltante, in ordine alla possibilità di reperire nel mercato offerte migliori rispetto a quelle emerse nel corso della gara.

L'obbligo generale di indennizzo delle situazioni di pregiudizio arrecate ai soggetti interessati in conseguenza della revoca di atti amministrativi sussiste esclusivamente in caso di revoca di provvedimenti ad efficacia durevole e non anche in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, qual è l'aggiudicazione provvisoria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 12 novembre 2009, n. 6997

Sul divieto di motivazione postuma e sui limiti alla previsione di specifiche tecniche

La motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario.

Anche antecedentemente al c.d. "Codice degli appalti" di cui al D.L.vo n. 163 del 2006, alla stregua di quanto previsto dall'art. 19, comma 5, del D.L.vo n. 158 del 1995, doveva ritenersi che, nei bandi di gara relativi a forniture, non potevano essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata o procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, a meno che tali specifiche tecniche non siano giustificate dall'oggetto dell'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 12 novembre 2009, n. 7042

Sulla sussistenza o meno del potere della commissione di gara, dopo l'aggiudicazione provvisoria, di annullare in autotutela le operazioni di gara e sulla possibilità o meno di procedere all'arrotondamento delle cifre decimali delle offerte.

La riapertura del procedimento di gara, ai fini dell'esercizio del potere di autotutela volto ad eliminare illegittimità precedentemente verificatesi, non costituisce un nuovo procedimento amministrativo, essendo unico il procedimento di gara per la scelta del contraente nei pubblici appalti che ha inizio con il bando di gara e si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva; deve pertanto ritenersi che, nel caso di riapertura del procedimento di gara, non sia necessaria la comunicazione della riapertura e delle successive attività della commissione alle imprese partecipanti, essendo sufficiente la sola comunicazione della data in cui la commissione procederà al riesame.

La commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice e non già una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della predetta amministrazione appaltante. La funzione di detta commissione si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva: nel periodo intercorrente tra tali atti sussiste pertanto il potere della stessa commissione di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente.

Nel caso in cui il bando di gara preveda espressamente l'arrotondamento delle cifre decimali solo per il calcolo della media delle offerte, tale arrotondamento non può applicarsi in sede di determinazione della soglia di anomalia. L'arrotondamento dei ribassi offerti ha, infatti, il solo scopo di assicurare la loro omogeneità, che può risultare più comoda, ancorché non sia necessaria, atteso che si possono confrontare anche valori dotati di un numero diverso di decimali. Ben diversa è la realtà dei calcoli successivi, che contengono quozienti e che quindi possono comportare un numero di decimali anche elevato; in questo caso, l'introduzione dell'arrotondamento può falsare il risultato e, pertanto, appare illogica la pretesa che la previsione di un arrotondamento nella formulazione dei ribassi di offerta debba potersi automaticamente applicare anche "in tutti i suoi ulteriori sviluppi", in nome di un identico *modus operandi*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 19 novembre 2009, n. 7247

Sul potere delle stazioni appaltanti di richiedere, in sede di redazione del bando, requisiti ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla legge.

I bandi di gara possono prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi rispetto a quelli richiesti dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore. Le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III TER - sentenza 23 novembre 2009, n. 11482

Sulla necessità o meno di comunicare l'avvio del procedimento in caso di esclusione.

Il provvedimento di esclusione dalle gare pubbliche non deve essere preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento nei confronti dell'impresa interessata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 24 novembre 2009, n. 7353

Sull'illegittimità di una commissione di gara che, in violazione di quanto previsto dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, non è composta da "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

E' da ritenere illegittimamente composta, ai sensi dell'art. 84, 2° comma, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), la commissione giudicatrice di una gara di appalto, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui siano stati nominati, quali componenti, soggetti privi di adeguata qualificazione professionale idonea alle valutazioni tecnico-discrezionali e alle scelte da effettuare in relazione all'oggetto dell'appalto.

Sui presupposti necessari per applicare la sanzione dell'esclusione dalle gare prevista dall'art. 38, lett. f, del Codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"), il mancato invito o l'esclusione di un concorrente, e, successivamente, la mancata aggiudicazione di una gara, possono essere determinati dalla malafede e la negligenza contrattuale per le quali sia stata anche eventualmente adottata la risoluzione contrattuale; in tale ipotesi si manifesta infatti il prioritario interesse pubblico ad evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si determini ancora detta sfavorevole evenienza. La prescritta esclusione non ha carattere sanzionatorio, essendo la stessa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico.

La causa di esclusione prevista dal citato art. 38, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante aggiudicatario nel corso di un pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, essendo invece sufficiente la valutazione che la stessa Amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 10 dicembre 2009, n. 7740

Sulla revocazione di una sentenza che ha ritenuto illegittima l'esclusione di una ditta, per mancanza del requisito della moralità professionale, ritenendo erroneamente che l'amministratore della società esclusa fosse stato condannato per un reato ormai depenalizzato

Va revocata una sentenza che, per effetto di un errore di fatto, ha ritenuto illegittima l'esclusione da una gara di appalto per mancanza del requisito della moralità professionale, di una impresa, ritenendo erroneamente che l'amministratore della società esclusa aveva riportato solo una condanna per un reato ormai depenalizzato (dall'art. 25 del d. lgs. n. 74/2000), senza considerare che lo stesso amministratore aveva altresì riportato una condanna per altro reato (nella specie si trattava del reato di cui al n. 7 dello stesso art. 4, comma 1, della l. n. 516/82) ancora previsto dall'ordinamento, sia pure da una disposizione formalmente diversa.

L'estinzione del reato già oggetto di sentenza di patteggiamento in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma 2, c.p.p., (e cioè la mancata commissione nel termine previsto - cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione - di un delitto ovvero di una contravvenzione della stessa indole) non opera "*ipso iure*", ma richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell'esecuzione.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - sentenza 12 dicembre 2009, n. 12837

Sulla necessità o meno, per disporre l'esclusione ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, di una valutazione sulla gravità del reato.

L'art. 38, comma 1, lett. c) del codice dei contratti (il quale preclude la partecipazione alle gare ai soggetti "*nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*"), richiede, per la sua applicazione, un'attività valutativa in ordine alla gravità del reato, finalizzata a verificare se lo stesso possa o non incidere sulla moralità professionale del concorrente.

L'ambito operativo dell'art. 27, comma 2, lett. q), del D.P.R. n. 34/2000 (a mente del quale sono inserite nel casellario "*eventuali sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale a carico dei legali rappresentanti, degli amministratori delegati o dei direttori tecnici per reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica o il patrimonio*"), non coincide con quello del citato art. 38; è pertanto illegittima l'annotazione nel casellario informatico di una esclusione da una gara per la omessa dichiarazione condanna di patteggiamento per tentato furto - reato contro il patrimonio, alla quale sia stata aggiunta che l'esclusione è stata disposta ai sensi del citato art. 38, nel caso in cui manchi, nel provvedimento espulsivo assunto dalla stazione appaltante, qualsiasi apprezzamento sulla gravità del reato taciuto (e sulla sua incidenza sulla moralità professionale).