

Se un bando di gara non prevede la pubblicità delle sedute della Commissione, è necessario ricorrere immediatamente al Tar? Anche se si tratta di una trattativa privata, le sedute devono essere pubbliche?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La mancata previsione da parte della lex specialis di gara della pubblicità delle sedute non rende perciò stesso immediatamente lesiva la medesima lex specialis. E' ben noto, infatti, che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara o lettera d'invito sussiste solo in relazione alle clausole che impediscono in limine la partecipazione alla procedura di determinati soggetti; si deve perciò ritenere corretta l'impugnazione della detta lex specialis contestualmente a quella degli atti che di essa fanno applicazione, atteso che solo questi ultimi identificano il concorrente leso e rendono attuale e concreta la lesione della relativa situazione soggettiva in relazione all'eventuale esito negativo della gara, mentre anteriormente la lesività della clausola contestata resta sul piano dell'astrattezza e potenzialità_ in qualunque tipo di gara, devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti quanto meno la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, che si tratti sia di documentazione amministrativa, sia di documentazione riguardante l'offerta tecnica, ovvero l'offerta economica, distinguendosi unicamente tra procedure di aggiudicazione automatica, in cui il principio della pubblicità è generalmente totale nel senso che si applica anche all'apertura dei plichi, e procedure di aggiudicazione implicanti valutazioni tecnico-discrezionali per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici, in cui all'apertura dell'offerta tecnica può procedersi in seduta riservata; principio, questo, ritenuto inderogabile, la cui violazione costituisce vizio procedurale inescusabile e non può che comportare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali dev'essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione 901 numero del 4 marzo 2008 emessa dal Consiglio di Stato

<è agevole opporre come debba escludersi che la partecipazione alla procedura possa configurarsi quale rinuncia implicita all'impugnativa della disciplina speciale di gara quando, come nella specie, essa si traduca in un'attività necessaria per radicare l'interesse al ricorso>

Ma non solo. In tema di obbligo di pubblicità del comportamento della Commissione:

< In ogni caso, l'eventuale analitica verbalizzazione della seduta riservata non avrebbe potuto supplirne il mancato svolgimento in forma pubblica; difatti la verbalizzazione costituisce la forma necessaria di tutti gli atti collegiali, in mancanza della quale gli stessi atti non sarebbero giuridicamente esistenti, mentre il canone della pubblicità delle sedute persegue, come detto, la finalità di garanzia, oltre che dei concorrenti, dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, dunque, in ultima analisi, di tutela giuridica - da assicurarsi preventivamente ed in astratto - sia dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare pubbliche secondo i principi di cui all'art. 97 della Costituzione, sia dell'interesse partecipativo dei medesimi concorrenti.

Ne deriva inoltre che, diversamente da quanto argomentato dagli appellanti, la lesione utile ai fini della configurabilità di un interesse a dolersi della violazione del principio in questione va rinvenuta nello stesso venir meno di siffatte garanzie.>

Ed infine:

< Infine, ed a scioglimento della riserva di cui al precedente paragrafo 4, non rileva che né la lettera d'invito né il capitolato speciale d'appalto abbiano stabilito alcunché circa la pubblicità o meno delle sedute della commissione, trattandosi di principio generale direttamente applicabile, sicché è sufficiente

che non ne escludano l'operatività.>

Si legga anche

Gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: quali sedute della commissione devono essere pubbliche?

Il codice dei contratti pubblici

demanda al futuro regolamento di attuazione la disciplina delle modalità di funzionamento della commissione di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma deve comunque valere il principio generale secondo cui la regola della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è senz'altro inderogabile in ogni tipo di gara (compreso l'appalto concorso), almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura..

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1790 del 19 aprile 2007 si pone il seguente quesito:

Si tratta di stabilire se, nelle gare per l'aggiudicazione di contratti o dei servizi pubblici, svolte secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia imposta, o meno, la pubblicità della sola fase riguardante l'apertura della busta recante l'offerta economica.

Le conclusioni a cui giunge il Supremo Giudice Amministrativo possono essere così riassunte:

<l'ordinamento non regola in modo espresso e puntuale questo aspetto, nei settori dei servizi pubblici e dei settori speciali.

E va osservato che anche il codice dei contratti pubblici (non applicabile, direttamente, alla presente vicenda, ma pure rilevante per la sua attitudine a determinare il riassetto della legislazione vigente) demanda al futuro regolamento di attuazione la disciplina delle modalità di funzionamento della commissione di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

assoluta inderogabilità della regola di pubblicità del segmento procedimentale costituito dalla apertura dei plichi contenenti le sole offerte economiche.

In tal modo, si dimostra la consapevolezza che la questione è risolvibile solo attraverso l'applicazione di principi di ordine generale e che le soluzioni concrete possono essere articolate anche in funzione delle particolari circostanze rilevanti nei singoli casi>

Le conclusioni quindi sono le seguenti:

< per i principi europei:

Ö

il principio generale della trasparenza delle amministrazioni è certamente enunciato con enfasi, ma, nella sua ampiezza e generalità, esso indica una regola che attiene, nel complesso, alla esigenza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire, ex post, la leggibilità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante.

Ö

Non esiste alcuna regola espressa (e nemmeno alcuna pronuncia della Corte di Giustizia) che si spinga ad affermare l'obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre (anche nelle ipotesi di procedure con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) la pubblicità della fase di apertura dell'offerta economica

Per le norme interne:

Ö

Per quanto riguarda il diritto interno, poi, i generali principi di trasparenza e partecipazione dell'attività amministrativa, stabiliti dalla legge n. 241/1990 e, in alcuni casi, da particolari leggi di settore (a partire dai lavori pubblici), non si accompagnano alla previsione di regole che impongano, in modo costante e inderogabile, la verificabilità immediata delle operazioni compiute dall'amministrazione.

Ö

Ovviamente, non va confuso il piano della opportunità, de iure condendo, di possibili soluzioni applicative, orientate ad ampliare i casi in cui il seggio di gara, o la commissione di valutazione, debba svolgere le proprie operazioni in seduta pubblica, o, quanto meno, in contraddittorio con i soggetti direttamente interessati, con la ricostruzione del diritto vigente.>

Qual è allora l'orientamento del Consiglio di stato?

< Pertanto, la Sezione ritiene di confermare il proprio orientamento, assolutamente prevalente, in forza del quale, “ferma restando la obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l’offerta, la giurisprudenza ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell’appalto concorso, o nel metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, cui si riferisce la fattispecie in esame, **la valutazione dell’offerta economica possa avvenire in seduta non pubblica** (decisione 27 aprile 2006 n. 2370). Secondo tale pronuncia, “non contrasta con l’indirizzo sopra riferito la norma del bando che rinvia l’apertura delle buste recanti l’offerta economica, di cui si sia pubblicamente verificata l’integrità, alla fase della procedura in cui si svolge la valutazione della convenienza economica dell’offerta, posto che il relativo apprezzamento non ha carattere automatico, ma varia in funzione di una serie indefinita di fattori concorrenti”.

Analogamente, anche il più recente indirizzo della Sesta Sezione (decisione n. 2013/2006) è orientato nel senso della derogabilità del principio di pubblicità della fase concernente l’apertura delle buste riguardanti le offerte economiche: “**quanto all’esame delle offerte economiche, non si può ritenere che la pubblicità della seduta in cui viene esaminata l’offerta economica sia un principio inderogabile**>

Riportiamo qui di seguito un commento ad una sentenza richiamata nell’emargianata decisione:

la valutazione dell’offerta economica può avvenire in seduta non pubblica

Ferma restando la obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta, la giurisprudenza ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell'appalto concorso, o nel metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta economica possa avvenire in seduta non pubblica

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2370 del 27 aprile 2006 ci insegna che:

<ferma restando la obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta, la giurisprudenza ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell'appalto concorso, o nel metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui si riferisce la fattispecie in esame, la valutazione dell'offerta economica possa avvenire in seduta non pubblica;

che non contrasta con l'indirizzo sopra riferito la norma del bando che rinvia l'apertura delle buste recanti l'offerta economica, di cui si sia pubblicamente verificata l'integrità, alla fase della procedura in cui si svolge la valutazione della convenienza economica dell'offerta, posto che il relativo apprezzamento non ha carattere automatico, ma varia in funzione di una serie indefinita di fattori concorrenti;

che, per tale ragione, è irrilevante che il prezzo offerto sia pubblicizzato in un momento anteriore alla valutazione comparativa del medesimo con gli altri aspetti dell'offerta>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

N.901/08

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6172, 7440 e 8318 REG.RIC.

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO

2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi:

A.- n. 6172/06 Reg. Gen., proposto da ONORANZE FUNEBRI ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in a.t.i. **

CONTRO

LA BETA s.a.s. di ***** & C., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di mandataria del r.t.i. *****

E NEI CONFRONTI

dell'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA B, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

dell'DELTA., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio ed in qualità di mandataria dell'a.t.i. costituita ****

della ETA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, quale mandataria dell'omonima a.t.i., non costituita in giudizio;

della IMPRESE FUNEBRI ASSOCIATE GAMMA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, quale mandataria dell'omonima a.t.i., non costituita in giudizio;

B.- n. 7440/06 Reg. Gen., proposto da AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA B, in persona del Direttore generale in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. ***** ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via Paolo Emilio n. 7;

CONTRO

LA BETA s.a.s. di ***** & C., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di mandataria del r.t.i. *

E NEI CONFRONTI

dell'DELTA., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio ed in qualità di mandataria dell'a.t.i. costituita con le ditte ++

della ONORANZE FUNEBRI ALFA s.r.l., ****

della DELTA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, quale mandataria dell'omonima a.t.i., non costituita in giudizio;

della IMPRESE FUNEBRI ASSOCIATE GAMMA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, quale mandataria dell'omonima a.t.i., non costituita in giudizio;

C.- n. 8318/06 Reg. Gen., proposto da DELTA.,

CONTRO

LA BETA s.a.s. di ***** & C., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di mandataria del r.t.i.

E NEI CONFRONTI

dell'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA B, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

tutti per la riforma

della sentenza 21 aprile 2006 n. 2908 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III, resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle su precisate parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2007, relatore il consigliere *****'Utri *****', uditi per le parti gli Avv.ti Piselli per delega dell'Avv. Mento, *****, ***** e *****;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

I.- Con ricorso notificato in date 30 giugno, 3 e 6 luglio 2006, depositato il 14 seguente, la Onoranze Funebri ALFA s.r.l., che in a.t.i. con altre imprese era risultata aggiudicataria unitamente all'a.t.i. **** (mediante turnazione quindicinale per ciascuna a.t.i.) della gara indetta dall'Azienda unità sanitaria locale Roma B per l'affidamento per quattro anni dei servizi di competenza aziendale relativi alla cura delle salme dei deceduti in ambito ospedaliero, con contestuale affidamento in locazione degli spazi della camera mortuaria dell'Ospedale "Sandro Pertini", ha proposto appello avverso la sentenza 21 aprile 2006 n. 2908 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III, con la quale è stata annullata la deliberazione 17 febbraio 2004 n. 133 dell'Azienda, di approvazione degli atti di gara, su ricorso de La BETA s.a.s., concorrente in a.t.i. alla medesima gara e classificata all'ultimo posto della relativa

graduatoria.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

- 1.- Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.
- 2.- Error in iudicando. Inammissibilità ed infondatezza della censura di mancata pubblicità della seduta di apertura delle buste accolta dal TAR.

Si sono costituite in giudizio La BETA e l'DELTA..

II.- Con ricorso notificato i giorni 2, 4 e 7 agosto 2006 e depositato l'8 settembre seguente anche l'Azienda unità sanitaria locale Roma B ha proposto appello avverso la stessa sentenza, all'uopo deducendo:

- 1.- Errores in iudicando. Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Inammissibilità del ricorso di I grado.
- 2.- Errores in iudicando. Eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto. Motivazione carente, contraddittoria e perplessa.

Nel giudizio si sono costituite La BETA, l'GAMMA, Onoranze Funebri ALFA e ciascuna ha prodotto memoria in date 7 e 10 settembre 2007.

Con memoria dell'8 novembre 2007 l'Azienda ha insistito nelle proprie tesi e richieste, confutando le difese avversarie. Analogamente ha fatto Onoranze Funebri ALFA con memoria del 14 seguente, comune anche al proprio gravame.

III.- Infine, pure l'GAMMA ha appellato la medesima sentenza con atto notificato il 4 ottobre e depositato il 13 seguente, col quale ha dedotto:

1.- Difetto di giurisdizione. Difetto di motivazione su punto decisivo della controversia. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del d.lgs. 502/92 nonché delle norme e dei principi applicabili all'affidamento di contratti a trattativa privata da parte delle aziende sanitarie locali.

2.- Difetto di motivazione su punto decisivo della controversia. Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del r.d. n. 827/1924, dell'art. 64 del DPR 554/1999, dell'art. 3 del d.lgs. 502/1992 nonché delle norme e dei principi applicabili all'affidamento di contratti a trattativa privata da parte delle aziende sanitarie locali.

Nel giudizio si è costituita la sola La BETA.

IV.- Con memoria comune ai tre appelli depositata il 14 novembre 2007 l'AMA ha ulteriormente illustrato le proprie deduzioni. A sua volta La BETA ha svolto controdeduzioni con memoria in pari data, anch'essa comune ai tre appelli, che sono stati posti in decisione all'odierna udienza pubblica.

DIRITTO

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, i tre appelli ivi sintetizzati riguardano la stessa sentenza, sicché vanno riuniti per essere decisi contestualmente.

2.- Forma oggetto della sentenza appellata la gara a trattativa privata indetta dall'Azienda sanitaria locale Roma B per l'affidamento dei servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi in ambito ospedaliero, con contestuale locazione della camera mortuaria dell'Ospedale "Sandro Pertini", per un periodo di quattro anni. Più precisamente, gli appellanti Azienda sanitaria, ***** s.r.l. ed DELTA. - entrambe, queste ultime, in qualità di capigruppo mandatarie delle associazioni temporanee di imprese che avevano partecipato alla gara e ne erano risultate ambedue aggiudicatricie - contestano le conclusioni alle quali è pervenuta la sentenza 21 aprile 2006 n. 2908 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione III, di annullamento degli atti di aggiudicazione e di affidamento del servizio in accoglimento del ricorso dell'impresa La BETA s.a.s. di ***** e C., capogruppo mandataria di a.t.i. classificata all'ultimo posto.

In particolare, il TAR ha dapprima respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dalle parti resistenti nella considerazione dell'assunta natura privatistica dell'attività contrattuale in questione, osservando - in estrema sintesi - come dagli elementi peculiari della fattispecie emergerebbe che la controversia atterrebbe a concessione di servizio pubblico. Ha inoltre respinto l'ulteriore eccezione di inammissibilità per carenza di interesse in relazione alla deteriore posizione dell'istante, osservando che le censure dedotte miravano, oltre ad un miglior punteggio, a travolgere l'intera procedura, con conseguente diritto al risarcimento del danno. Nel merito, disattese o ritenute inammissibili alcune censure, ha poi ritenuto ammissibile (con riguardo all'eccezione secondo cui la doglianza avrebbe dovuto essere proposta avverso la lex specialis, immediatamente lesiva) e fondata quella relativa alla mancata pubblicità della seduta dedicata all'apertura delle buste, giacché il procedimento seguito non era idoneo a garantire la trasparenza e la par condicio, ossia il rispetto dei principi fondamentali in materia di contratti pubblici.

3.- In via prioritaria gli appellanti ripropongono l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Le pur ampie argomentazioni svolte al riguardo non colgono nel segno.

Quale che sia la qualificazione da attribuirsi al contratto per la prestazione di “servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi in ambito ospedaliero con contestuale locazione della camera mortuaria”, se, cioè, si tratti di concessione di servizio pubblico, come ritenuto dal TAR, o di appalto di servizi sotto soglia comunitaria avente come corrispettivo un’utilità a carattere non monetario, ossia di rapporto atipico, come sostengono gli appellanti, sta di fatto che la scelta del privato contraente ha assunto in concreto i connotati tipici sia formali che sostanziali di una procedura ad evidenza pubblica. In altri termini, l’Azienda non ha affatto prefigurato una negoziazione diretta espletata secondo le norme di diritto privato, in conformità al decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, ove consente la contrattazione secondo le norme di diritto privato e come previsto in apposito atto aziendale, per la fornitura di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria (art. 3, comma 1 ter, introdotto dal decreto legislativo 19 giugno 1999 n. 229 ed ora abrogato espressamente dall’art. 256 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163).

Nella lettera d’invito datata 19 dicembre 2003 e nell’allegato capitolato speciale non si fa infatti riferimento al menzionato atto aziendale, ma si richiama a regolare la fattispecie, tra l’altro, la normativa propriamente pubblicistica, quali innanzitutto il decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 e successive modifiche, in tema di appalti pubblici di servizi, del quale è addirittura adottato il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa in base a predeterminati elementi previsto dall’art. 23, punto 1, lett. b), oltre, ad esempio, la legge regionale del Lazio 22 aprile 1989 n. 22 (ben anteriore al ripetuto art. 3, comma 1 ter, del decreto legislativo n. 502 del 1992), in materia di attività contrattuale delle unità sanitarie locali, recante, tra l’altro, l’approvazione del capitolato generale d’oneri-tipo, ed il regio decreto 18 novembre 1923 n. 2440, in tema di amministrazione del patrimonio e contabilità generale dello Stato, nonché il relativo regolamento approvato con regio decreto 23 maggio 1924 n. 827.

Inoltre, la disciplina di gara delineata dalla lex specialis predetta è in concreto quella tipica dell’evidenza pubblica: presentazione delle offerte entro un termine puntualmente individuato; formulazione dell’offerta con precise formalità/modalità e da parte di soggetti muniti di specifici requisiti, nonché confezionamento con le tipiche cautele finalizzate a garantirne la segretezza (“busta chiusa, sigillata sui lembi di chiusura”, recante determinate indicazioni) e con suddivisione degli atti in separati plichi destinati a contenere i documenti occorrenti per l’ammissione alla gara (busta 1) e le dichiarazioni relative agli elementi indicati dall’art. 5 del capitolato ai fini dell’attribuzione dei punteggi (busta 2); sanzione di nullità in caso di offerte tardivamente pervenute o inosservanti di talune prescrizioni; svolgimento della gara da parte di apposita commissione. Particolarmente significativo è poi il criterio di aggiudicazione, di cui si è detto innanzi, dettagliatamente articolato in prefissati parametri e relativi punteggi.

In definitiva, la Sezione non ha dubbio alcuno sull’intento dell’Azienda - manifestato attraverso la predisposizione di regole procedimentali del tutto analoghe a quelle dell’evidenza pubblica, prevedenti una gara tutt’altro che informale - di autovincolarsi a seguire un vero e proprio procedimento amministrativo, sia pure nell’ambito della trattativa privata, a fronte del quale la giurisprudenza amministrativa ha da tempo costantemente individuato posizioni soggettive di interesse legittimo, e non

già di diritto soggettivo perfetto, con conseguente giurisdizione amministrativa sulle relative controversie (cfr., per tutte, Cons. St., Sez. VI, 5 agosto 1999 n. 1018 e, da ultimo ed in fattispecie analoga, la dec. di questa Sez. V di cui al dispositivo n. 491/07, in corso di pubblicazione).

4.- Ancora in rito, le parti appellanti ripropongono altresì due eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, sulla base, l'una, dell'omessa impugnazione della disciplina di gara (lettera d'invito e capitolato speciale), non prevedente l'apertura delle buste in seduta pubblica, l'altra dell'acquiescenza che sarebbe stata prestata dalla ricorrente alle seguite modalità di gara attraverso la sua partecipazione senza alcuna riserva.

Premesso che La BETA aveva espressamente impugnato non solo l'aggiudicazione disposta con la deliberazione 17 febbraio 2004 n. 133 ed i sottostanti verbali, ma anche "per quanto occorra" la disciplina di gara posta con la deliberazione 27 ottobre 2003 n. 1422, la lettera d'invito ed il capitolato speciale, la Sezione ritiene che entrambe le questioni debbano essere risolte negativamente.

Quanto alla prima, come ben osservato dal primo giudice la mancata previsione da parte della lex specialis di gara della pubblicità delle sedute non rende perciò stesso immediatamente lesiva la medesima lex specialis. E' ben noto, infatti, che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara o lettera d'invito sussiste solo in relazione alle clausole che impediscono in limine la partecipazione alla procedura di determinati soggetti; si deve perciò ritenere corretta l'impugnazione della detta lex specialis contestualmente a quella degli atti che di essa fanno applicazione, atteso che solo questi ultimi identificano il concorrente leso e rendono attuale e concreta la lesione della relativa situazione soggettiva in relazione all'eventuale esito negativo della gara, mentre anteriormente la lesività della clausola contestata resta sul piano dell'astrattezza e potenzialità (cfr., tra le più recenti, Cons. St., Sez. V, 19 aprile 2007 n. 1790 e, proprio con riguardo ad un analogo caso analogo di apertura delle buste in seduta non

pubblica, 25 settembre 2006 n. 5629).

Quanto alla seconda, è agevole opporre come debba escludersi che la partecipazione alla procedura possa configurarsi quale rinuncia implicita all'impugnativa della disciplina speciale di gara quando, come nella specie, essa si traduca in un'attività necessaria per radicare l'interesse al ricorso (cfr. Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2006 n. 206 e 18 marzo 2004 n. 1408, nonché la cit. n. 5629/06).

Non senza dire, con riguardo ad entrambe le questioni, che, come meglio sarà precisato in prosieguo, nel caso in trattazione è irrilevante l'impugnazione della mancata previsione in parola.

5.- Anche in ordine alla questione di merito gli appelli sono infondati.

Si è detto che le prescrizioni recate dalla lettera d'invito e dal capitolato, in una con le disposizioni normative richiamate, prefiguravano, nell'ambito della trattativa privata, una vera e propria gara informale che, del resto, ha avuto effettivamente luogo.

Dai verbali della commissione di gara non risulta, però, che alcuna delle sedute della stessa commissione

si sia svolta in forma pubblica e tanto meno che della data, del luogo e dell'ora dell'espletamento delle relative operazioni sia stata data preventiva comunicazione ai partecipanti al fine di consentir loro di essere presenti.

Tanto è in contrasto con l'univoco orientamento giurisprudenziale, a cui ha aderito ed aderisce ancor oggi la Sezione, secondo cui, in qualunque tipo di gara, devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti quanto meno la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, che si tratti sia di documentazione amministrativa, sia di documentazione riguardante l'offerta tecnica, ovvero l'offerta economica, distinguendosi unicamente tra procedure di aggiudicazione automatica, in cui il principio della pubblicità è generalmente totale nel senso che si applica anche all'apertura dei plichi, e procedure di aggiudicazione implicanti valutazioni tecnico-discrezionali per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici, in cui all'apertura dell'offerta tecnica può procedersi in seduta riservata; principio, questo, ritenuto inderogabile, la cui violazione costituisce vizio procedurale inescusabile e non può che comportare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali dev'essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta) (cfr., tra le tante di questa Sezione, 16 marzo 2005 n. 1077, 27 aprile 2006 n. 2370 e, da ultimo, 31 ottobre 2007 n. 5637).

D'altro canto, nel caso in esame i verbali della commissione giudicatrice sono estremamente scarni sul punto, limitandosi a rappresentare la medesima commissione ha dato atto dei plichi pervenuti (verbale n. 1 del 9 febbraio 2004) e della regolarità della documentazione amministrativa inoltrata da tutte le concorrenti (verbale n. 2 del giorno 11 seguente), senza alcuna ulteriore precisazione, così restando vanificate le suindicate cautele pur prescritte dalla lettera d'invito.

In ogni caso, l'eventuale analitica verbalizzazione della seduta riservata non avrebbe potuto supplirne il mancato svolgimento in forma pubblica; difatti la verbalizzazione costituisce la forma necessaria di tutti gli atti collegiali, in mancanza della quale gli stessi atti non sarebbero giuridicamente esistenti, mentre il canone della pubblicità delle sedute persegue, come detto, la finalità di garanzia, oltre che dei concorrenti, dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, dunque, in ultima analisi, di tutela giuridica - da assicurarsi preventivamente ed in astratto - sia dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare pubbliche secondo i principi di cui all'art. 97 della Costituzione, sia dell'interesse partecipativo dei medesimi concorrenti.

Ne deriva inoltre che, diversamente da quanto argomentato dagli appellanti, la lesione utile ai fini della configurabilità di un interesse a dolersi della violazione del principio in questione va rinvenuta nello stesso

venir meno di siffatte garanzie.

Infine, ed a scioglimento della riserva di cui al precedente paragrafo 4, non rileva che né la lettera d'invito né il capitolato speciale d'appalto abbiano stabilito alcunché circa la pubblicità o meno delle sedute della commissione, trattandosi di principio generale direttamente applicabile, sicché è sufficiente che non ne escludano l'operatività.

6.- In conclusione, la sentenza appellata deve essere confermata, stante l'infondatezza dei tre appelli suesaminati, i quali pertanto vanno respinti. Tuttavia, si ravvisano ragioni affinché possa essere disposta la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti i ricorsi in appello in epigrafe, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 novembre 2007 con l'intervento dei magistrati:

Presidente

Chiarenza Millemaggi Cogliani

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Angelica Dell'Utri Costagliola

Consigliere, estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****'Utri Costagliola

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 04/03/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

**IL
DIRIGENTE**

f.to *****

<https://www.diritto.it/se-un-bando-di-gara-non-prevede-la-pubblicita-delle-sedute-della-commissione-e-nece-ssario-ricorrere-immediatamente-al-taranche-se-si-tratta-di-una-trattativa-privata-le-sedute-devono-essere-public/>