

La composizione della Commissione aggiudicatrice è difforme rispetto alla previsione del regolamento comunale e tale vizio riveste natura sostanziale giacché il rispetto del regolamento coinvolge i principi cardine di imparzialità e buon andamento dell'az

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' corretto affermare che vige l'obbligo di proporre ricorso anche avverso l'aggiudicazione provvisoria, specialmente se si presenzia alle operazioni di gara? Si può legittimamente affermare che l'invalidità dell'atto presupposto (nomina della Commissione) finisce per riverberarsi sull'atto finale della serie procedimentale (aggiudicazione definitiva), non costituente atto di natura vincolata.? una giunta comunale la Giunta, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 127/1997 (art. 5, comma 3), disponendo del potere di adottare regolamenti "sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio", è libera di modificare il regolamento comunale? La sentenza di primo grado può essere considerata errata per non aver limitato l'annullamento al solo atto di nomina della Commissione?

L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria è una mera facoltà della parte sicché l'omessa impugnazione di questa non preclude il gravame contro l'aggiudicazione definitiva. E' poi evidente che la parte, in sede di impugnazione definitiva, può impugnare sia l'atto di investitura della Commissione sia i relativi atti presupposti: è solo con l'aggiudicazione definitiva che si realizza infatti la lesione dell'interesse del concorrente pretermesso ed è evidente che gli atti concernenti la nomina della Commissione, lungi dal costituire atti a rilevanza meramente interna, hanno una rilevanza decisiva ai fini del corretto svolgimento della procedura concorsuale (cfr., sul principio secondo cui il provvedimento di nomina dei componenti di una commissione giudicatrice può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga leso solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e l'aggiudicazione definitiva, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato)_nella specie la Commissione aggiudicatrice risultava nominata alla stregua di atti di Giunta difformi dal regolamento comunale, il quale affida la presidenza al dirigente del servizio proponente in quanto ,come da ultimo obietta ancora il raggruppamento aggiudicatario, la sostituzione del dirigente del servizio con altro dirigente non sarebbe

nella specie potuta risultare giustificata dall'esigenza di evitare che la Commissione aggiudicatrice fosse presieduta da chi aveva concorso alla predisposizione del bando di gara, dovendosi evitare potenziali contaminazioni della libera determinazione dei membri della Commissione. La giurisprudenza della Sezione, al quale il Collegio ritiene di dover prestare adesione, è infatti nel senso che tutte le volte in cui si versi in ipotesi di aggiudicazione comportanti valutazioni discrezionali (e tale è pacificamente la fattispecie considerata), la gara, una volta rese palesi le offerte, va rinnovata ab imis a garanzia del principio di segretezza merita di essere segnalata la decisione numero 5378 del 28 ottobre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Circa l'eccezione di tardività proposta dal raggruppamento aggiudicatario, rileva il Collegio che l'atto di nomina della Commissione è stato ritualmente gravato unitamente all'aggiudicazione definitiva e che in quella sede è stata denunciata, sotto più profili, anche l'illegittimità della relativa composizione. Ciò vuol dire che il vizio successivamente dedotto in via di motivi aggiunti contro gli atti di Giunta (che secondo il raggruppamento aggiudicatario comportavano valida modifica del regolamento comunale) non è altro che una semplice specificazione del vizio già originariamente dedotto.

D'altronde, gli atti di Giunta in questione, pur avendo natura di atto amministrativo generale, non hanno la stessa consistenza giuridica del regolamento comunale e non possono quindi essere assoggettati al medesimo regime quanto ad impugnazione.

Ma vi è di più

Né è fondata la censura, mossa sia dal Comune che dal raggruppamento aggiudicatario, secondo cui la Giunta, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 127/1997 (art. 5, comma 3), disponendo del potere di adottare regolamenti "sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio", sarebbe stata libera di modificare il regolamento comunale nella parte considerata.

A parte il rilievo che nella specie manca un qualsiasi indirizzo del Consiglio comunale, sta di fatto che gli atti di Giunta dai quali si vorrebbe trarre la modifica del regolamento comunale per la disciplina dei contratti non hanno ad oggetto uffici o servizi del Comune sicché tali atti non potrebbero mai beneficiare della clausola introdotta dal richiamato art. 5 della l. 127/97.

Ferma dunque la regola originariamente stabilita dal regolamento comunale dei contratti, è anche chiaro che il dirigente che avrebbe dovuto presiedere la Commissione di gara non poteva esser sostituito perché, come sostiene il raggruppamento aggiudicatario, ricorreva l'ipotesi di cui all'art. 35, comma 3, del citato regolamento. L'ipotesi regolamentare invocata a sostegno della tesi concerne infatti il caso di "assenza o legittimo impedimento", il quale risulta ben diverso dalla denunciata situazione di presunta incompatibilità (per essere il dirigente del Servizio anche responsabile unico del procedimento di spesa).

Né, come da ultimo obietta ancora il raggruppamento aggiudicatario, la sostituzione del dirigente del servizio con altro dirigente sarebbe nella specie potuta risultare giustificata dall'esigenza di evitare che la Commissione aggiudicatrice fosse presieduta da chi aveva concorso alla predisposizione del bando di gara, dovendosi evitare potenziali contaminazioni della libera determinazione dei membri della Commissione.

Rileva il Collegio che il principio invocato dal raggruppamento aggiudicatario è presente nell'ordinamento con riferimento a soggetti estranei alla stazione appaltante, i quali una volta che abbiano in qualche modo partecipato alla scelta dell'impianto di gara non possono poi concorrere, in nessuna veste, alla sua aggiudicazione, perché si troverebbero in una posizione di illegittimo vantaggio competitivo e finirebbero così per alterare la stessa fisionomia del pubblico appalto. Una tale evenienza non ricorre invece con riferimento ai pubblici funzionari, il cui operato è in ogni fase presidiato dal principio di imparzialità e la cui partecipazione ad ogni segmento del procedimento concorsuale è anzi fattore di maggiore efficienza dell'azione amministrativa.

A cura di *****

N. 5378/08 *****.

NN. 141 - 870 REG.RIC.

ANNO 2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

- sul ricorso in appello n. 141/2008 dell'8/01/2008, proposto dalla ALFA SpA in pr. e nq. mandataria raggr. impr. RTI - ORMU di ***** e C. Srl, rappresentate e difese dall'*****, con domicilio eletto in Roma, viale G. Mazzini n.11 presso il suo studio;

contro

la BETA SpA in pr. e nq. mand. RTI, rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, viale Mazzini 113 presso l'avv. *****;

RTI BETABIS ITALIA SpA, non costituitasi;

RTI - GAMMA SpA, non costituitasi;

e nei confronti di

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, ***** 46 pal. IV presso il dott. *****;

- e sul ricorso in appello n. 870/2008 del 4/2/2008, proposto dal Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, *****, 46 pal. IV presso il dott. *****;

contro

la BETA S.p.A. in pr. e in q. mandataria R.T.I., rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, viale Mazzini 113 presso l'avv. *****;

RTI - BETABIS ITALIA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, viale Mazzini 113 presso l'avv. *****;

RTI - GAMMA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, viale Mazzini 113 presso l'avv. *****;

e nei confronti di

ALFA S.p.A. in pr. e q. mandataria R.T.I., non costituitasi;

RTI - ORMU di ***** e *****, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR Campania - Napoli: Sezione I n. 16101/2007, resa tra le parti, concernente appalto per l'evoluzione tecnologica della rete intranet e relativa gestione;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e della BETA SpA in pr. e nq. mand. RTI;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Visto il dispositivo di decisione n. 434/08;

Alla pubblica udienza del 3 Giugno 2008, relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, l'avv.to P. Stella Richter, l'avv.to *****, l'avv.to ***** e l'avv.to E.Stajano.

FATTO

La causa concerne la procedura aperta indetta dal Comune di Napoli ai fini della evoluzione tecnologica della rete intranet su connettività a banda larga e la relativa gestione integrata. Aggiudicato l'appalto al raggruppamento ALFA, il raggruppamento BETA ha proposto impugnativa davanti al TAR Campania impugnando sotto diversi profili gli atti della procedura, a partire dalla nomina della Commissione aggiudicatrice e dai relativi atti presupposti. Il raggruppamento Telecom, oltre a contestare in rito e nel merito le censure, ha proposto impugnazione incidentale mirante all'esclusione dalla gara del ricorrente principale e, quindi, a paralizzarne l'iniziativa giurisdizionale. Il Comune di Napoli, dal canto suo, ha eccepito l'intempestività della impugnazione principale e, nel merito, dopo aver rilevato che la composizione della Commissione rispecchiava il contenuto di delibere di Giunta modificative del regolamento comunale, ha insistito per la legittimità delle operazioni di gara.

Con sentenza n. 16101 del 2007, la prima Sezione del TAR Campania, respinta l'impugnazione incidentale e disattesa l'eccezione di tardività del ricorso principale, ha accolto l'impugnativa sul rilievo che la Commissione aggiudicatrice risultava nominata alla stregua di atti di Giunta difformi dal regolamento comunale, il quale affida la presidenza al dirigente del servizio proponente.

La sentenza è appellata, con distinti atti, dal raggruppamento ALFA e dal Comune di Napoli. Il raggruppamento Telecom, oltre a costituirsi in giudizio, ha proposto impugnazione incidentale con la quale ripropone le censure assorbite in primo grado.

La causa è passata in decisione all'udienza del 3 giugno 2008.

DIRITTO

Gli appelli, risultando rivolti nei confronti della medesima sentenza, vanno riuniti.

Circa l'ordine di esame delle contrapposte censure, il Collegio ritiene di attenersi al precedente della Sezione n. 5811/2007 (condiviso in linea di principio anche dalla decisione della Sesta Sezione n. 1750/2008), in base al quale, onde evitare un'irragionevole iperprotezione dell'aggiudicatario, lo scrutinio deve seguire le diverse fasi della procedura concorsuale.

In questa prospettiva, pregiudiziale ad ogni altra considerazione risulta la censura concernente gli atti di investitura della Commissione aggiudicatrice.

Tanto il Comune quanto il raggruppamento aggiudicatario obiettano che si tratterebbe di censura inammissibile per tardività. Il Comune sostiene che, avendo presenziato alle operazioni di gara, il raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto proporre tempestiva impugnazione nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria e ipotizza che l'atto di nomina della Commissione, trattandosi di "atto gestionale interno", sarebbe sottratto al sindacato giurisdizionale; aggiunge che il regolamento comunale dei contratti, essendo atto generale, potrebbe essere impugnato solo insieme all'atto applicativo. Il raggruppamento aggiudicatario rileva, invece, che l'impugnazione, nella parte considerata, dovrebbe essere dichiarata tardiva perché proposta, non entro il termine per ricorrere nei confronti dell'aggiudicazione definitiva, ma entro il termine di decadenza decorrente dalla conoscenza delle delibere di Giunta modificative del regolamento comunale, in relazione alle quali "trattandosi di atti normativi, la relativa conoscenza è presunta".

Nessuna di tali eccezioni appare fondata. Quanto alle obiezioni del Comune, rileva il Collegio che la giurisprudenza è assolutamente univoca nel ritenere che l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria è una mera facoltà della parte sicché l'omessa impugnazione di questa non preclude il gravame contro l'aggiudicazione definitiva. E' poi evidente che la parte, in sede di impugnazione definitiva, può impugnare sia l'atto di investitura della Commissione sia i relativi atti presupposti: è solo con l'aggiudicazione definitiva che si realizza infatti la lesione dell'interesse del concorrente pretermesso ed è evidente che gli atti concernenti la nomina della Commissione, lungi dal costituire atti a rilevanza meramente interna, hanno una rilevanza decisiva ai fini del corretto svolgimento della procedura concorsuale (cfr., sul principio secondo cui il provvedimento di nomina dei componenti di una commissione giudicatrice può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga leso solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e l'aggiudicazione definitiva, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato, in generale, Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1; e, in particolare, Cons. St., Sez. V, 7 ottobre 2002, n. 5279; Cons. St., Sez. V, 19 ottobre 1999, n. 1589).

Circa l'eccezione di tardività proposta dal raggruppamento aggiudicatario, rileva il Collegio che l'atto di nomina della Commissione è stato ritualmente gravato unitamente all'aggiudicazione definitiva e che in quella sede è stata denunciata, sotto più profili, anche l'illegittimità della relativa composizione. Ciò vuol dire che il vizio successivamente dedotto in via di motivi aggiunti contro gli atti di Giunta (che secondo il raggruppamento aggiudicatario comportavano valida modifica del regolamento comunale) non è altro che una semplice specificazione del vizio già originariamente dedotto. D'altronde, gli atti di Giunta in questione, pur avendo natura di atto amministrativo generale, non hanno la stessa consistenza giuridica del regolamento comunale e non possono quindi essere assoggettati al medesimo regime quanto ad impugnazione.

Nel merito, il Collegio condivide la posizione assunta dalla sentenza impugnata. La composizione della Commissione aggiudicatrice è infatti difforme rispetto alla previsione del regolamento comunale e tale vizio riveste natura sostanziale giacché il rispetto del regolamento coinvolge i principi cardine di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Né appare utilmente invocabile l'applicazione dell'art. 21 octies della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990 n. 241) (in materia di c.d. "vizi non invalidanti"), sia perché nella specie trattasi della violazione di una norma integrante un vizio sostanziale, sia perché l'invalidità dell'atto presupposto (nomina della Commissione) finisce per riverberarsi sull'atto finale della serie procedimentale (aggiudicazione definitiva), non costituente atto di natura vincolata.

Né è fondata la censura, mossa sia dal Comune che dal raggruppamento aggiudicatario, secondo cui la Giunta, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 127/1997 (art. 5, comma 3), disponendo del potere di adottare regolamenti “sull’ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio”, sarebbe stata libera di modificare il regolamento comunale nella parte considerata.

A parte il rilievo che nella specie manca un qualsiasi indirizzo del Consiglio comunale, sta di fatto che gli atti di Giunta dai quali si vorrebbe trarre la modifica del regolamento comunale per la disciplina dei contratti non hanno ad oggetto uffici o servizi del Comune sicché tali atti non potrebbero mai beneficiare della clausola introdotta dal richiamato art. 5 della l. 127/97.

Ferma dunque la regola originariamente stabilita dal regolamento comunale dei contratti, è anche chiaro che il dirigente che avrebbe dovuto presiedere la Commissione di gara non poteva esser sostituito perché, come sostiene il raggruppamento aggiudicatario, ricorreva l’ipotesi di cui all’art. 35, comma 3, del citato regolamento. L’ipotesi regolamentare invocata a sostegno della tesi concerne infatti il caso di “assenza o legittimo impedimento”, il quale risulta ben diverso dalla denunciata situazione di presunta incompatibilità (per essere il dirigente del Servizio anche responsabile unico del procedimento di spesa).

Né, come da ultimo obietta ancora il raggruppamento aggiudicatario, la sostituzione del dirigente del servizio con altro dirigente sarebbe nella specie potuta risultare giustificata dall’esigenza di evitare che la

Commissione aggiudicatrice fosse presieduta da chi aveva concorso alla predisposizione del bando di gara, dovendosi evitare potenziali contaminazioni della libera determinazione dei membri della Commissione. Rileva il Collegio che il principio invocato dal raggruppamento aggiudicatario è presente nell'ordinamento con riferimento a soggetti estranei alla stazione appaltante, i quali una volta che abbiano in qualche modo partecipato alla scelta dell'impianto di gara non possono poi concorrere, in nessuna veste, alla sua aggiudicazione, perché si troverebbero in una posizione di illegittimo vantaggio competitivo e finirebbero così per alterare la stessa fisionomia del pubblico appalto. Una tale evenienza non ricorre invece con riferimento ai pubblici funzionari, il cui operato è in ogni fase presidiato dal principio di imparzialità e la cui partecipazione ad ogni segmento del procedimento concorsuale è anzi fattore di maggiore efficienza dell'azione amministrativa.

Sul punto, in conclusione, la sentenza impugnata merita conferma. Né, come sostiene ancora il raggruppamento aggiudicatario, la sentenza risulta errata per non aver limitato l'annullamento al solo atto di nomina della Commissione. La giurisprudenza della Sezione, al quale il Collegio ritiene di dover prestare adesione, è infatti nel senso che tutte le volte in cui si versi in ipotesi di aggiudicazione comportanti valutazioni discrezionali (e tale è pacificamente la fattispecie considerata), la gara, una volta rese palesi le offerte, va rinnovata ab imis a garanzia del principio di segretezza (Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2006, n. 2612).

Le spese, attesa la complessità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta , previa riunione, respinge i ricorsi in epigrafe.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 03 Giugno 2008
con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. *****

Cons. *****

Cons. *****

Cons. *****.

Cons. *****

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to *****

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/08

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

**IL
DIRIGENTE**

F.to *****

<https://www.diritto.it/la-composizione-della-commissione-aggiudicatrice-e-difforme-rispetto-alla-previsione-del-regolamento-comunale-e-tale-vizio-riveste-natura-sostanziale-giacche-il-rispetto-del-regolamento-coinvolge-i-pr/>