

## **Per concretizzarsi un vizio della procedura nel dato della conoscibilità delle valutazioni in precedenza effettuate, bisogna verificare il prodursi di una concreta violazione dell'obbligo di imparzialità e di parità di trattamento**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

A seguito della proposizione di ricorso dinanzi ad un T.A.R. avverso la loro esclusione, una Stazione Appaltante riammette due imprese, ma la Commissione di gara decide di procedere alla valutazione delle offerte delle sole concorrenti riammesse alla gara, tenendo ferme le valutazioni già effettuate sulle offerte delle altre imprese: è legittimo un tale comportamento?

Il comportamento della Commissione è legittimo ( e di conseguenza va confermata la prima aggiudicazione) in quanto quando le offerte sono cristallizzate e non possono essere modificate, ben è possibile apprezzarle in tempi diversi senza violare la par condicio che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte medesime

la contestualità della valutazione è un dato meramente illusorio, costituendo un dato di comune esperienza che le offerte tecniche vengono prese in esame in ordine successivo e quindi in momenti temporalmente distinti, senza che questo determini l'illegittimità della procedura. La giurisprudenza amministrativa, d'altra parte, afferma costantemente che in sede di gara pubblica, il principio di continuità della procedura di gara ha carattere meramente tendenziale, ed è pertanto suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e "par condicio", una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti

Merita di essere segnalata la decisione numero 5372 del 28 ottobre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Va poi aggiunto che, come ricordato anche dalla commissione di gara nella presente vicenda (verbale del

18 settembre 2006), in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa il principio di segretezza delle offerte non assume un valore di assoluta inderogabilità, in quanto è necessario che esso sia coordinato con altri principi operanti nell'ordinamento, come quello della conservazione dei valori giuridici.

Ne consegue che quando le offerte sono cristallizzate e non possono essere modificate, ben è possibile apprezzarle in tempi diversi senza violare la par condicio che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte medesime.

Rilievo decisivo, infatti, deve essere attribuito alla esistenza, nella procedura considerata, degli elementi che impediscono i condizionamenti del giudizio della commissione, e tali elementi sono riconosciuti nella analiticità della motivazione, nella completezza della verbalizzazione, e nell'esistenza di criteri di massima predeterminati.

Tali condizioni risultano rispettate nella gara in esame.

A cura di \*\*\*\*\*

N.5372 Reg.Sent.

Anno 2008

N. 3317 Reg.Ric.

Anno 2007

## REPUBBLICA ITALIANA

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

**Sezione Quinta**

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 3317 del 2007, proposto dalla Cooperativa Sociale a r.l. ALFA, onlus,  
rappresentata  
e difesa  
dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*,  
elettivamente domiciliata  
presso  
il primo in Roma, via F. Confalonieri 5

contro

la Cooperativa Sociale BETA., BETA,  
onlus, rappresentata  
e difesa

dagli avv. ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*,  
elettivamente domiciliata  
presso in Roma, via G. Mercalli 1, e

il Comune di Cernusco sul Naviglio, non costituito in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. I, 21 marzo 2007 n.  
464  
resa tra le parti.

Visto  
il  
ricorso  
con i relativi allegati;

Visto l'atto  
di costituzione in giudizio della Cooperativa BETA.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza dell'8 gennaio  
2008  
il consigliere \*\*\*\*\*,  
e uditi gli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

Il Comune di Cernusco sul Naviglio ha bandito una gara per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di assistenza ai minori diversamente abili degli asili nido comunali e delle scuole d'infanzia, dei servizi di prescuola e assistenza al trasporto scolastico, del servizio di assistenza domiciliare ai minori per il periodo 2006-2009.

La Cooperativa sociale BETA - BETA.  
- è stata esclusa dalla gara per irregolarità della documentazione.

A seguito della proposizione di ricorso dinanzi al T.A.R. per la Lombardia avverso l'esclusione, la Commissione di gara, nella seduta del 6 settembre 2006, ha riammesso alla procedura la BETA. ed altra partecipante in precedenza esclusa, al fine di valutarne le offerte.

Riunitasi il 18 settembre 2006 la Commissione di gara ha proceduto alla valutazione delle offerte delle sole concorrenti riammesse alla gara, tenendo ferme le valutazioni già effettuate sulle offerte delle altre imprese, già rese note il 12 luglio 2007, in esito alle quali il maggior punteggio era stato ottenuto dalla Cooperativa sociale ALFA.

La valutazione delle offerte delle concorrenti riammesse non ha modificato l'individuazione della offerta più vantaggiosa e la gara è stata aggiudicata alla Cooperativa ALFA.

Avverso la aggiudicazione la Cooperativa BETA. ha proposto motivi aggiunti sostenendone l'illegittimità.

Con la sentenza in epigrafe è stato dichiarato improcedibile il ricorso principale, proposto dalla BETA. contro l'esclusione, e sono stati accolti i motivi aggiunti, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

Respinte alcune eccezioni di inammissibilità dei motivi aggiunti, il TAR ha ritenuto che la Commissione di gara non avrebbe dovuto procedere alla valutazione delle sole offerte delle concorrenti riammesse perché il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguito nella specie, implica valutazioni discrezionali che non potevano essere compiute in conformità ai principi della trasparenza e della par condicio tra le partecipanti a causa della conoscenza dei punteggi già attribuiti alle altre partecipanti.

La Cooperativa ALFA ha proposto appello per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia.

La Cooperativa BETA. si è costituita in giudizio per resistere al gravame.

Con ordinanza  
10 luglio 2007 n. 3525 la Sezione ha accolto la domanda cautelare.

Le due parti costituite hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza dell'8 gennaio 2008 la causa è stata rimessa in decisione.

## DIRITTO

L'appellante ha reiterato alcune eccezioni pregiudiziali tendenti a dimostrare l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado e dei motivi aggiunti accolti dal TAR.

Il Collegio ritiene che possa prescindersi dall'esame delle relative questioni perché l'appello è fondato nel merito.

Come già accennato sopra, la sentenza appellata aveva affermato che: "Una volta accertata l'illegittimità

dell'esclusione della ricorrente dalla procedura e riammessa la stessa in via di autotutela, la commissione avrebbe, dunque, dovuto procedere alla rinnovazione delle operazioni di gara a partire dall'illegittima esclusione, non potendo procedere alla sola valutazione dell'offerta tecnica della stessa e di quella dell'altra società riammessa alla gara mantenendo ferma la valutazione delle offerte tecniche degli altri concorrenti, peraltro già nota sin dal 12.7.2006.

Né rileva, a tal fine, che la commissione avesse prefissato precisi criteri di valutazione che ne riducevano al minimo la discrezionalità, né la circostanza che la ricorrente non abbia fornito alcuna prova della parzialità del giudizio valutativo operato in concreto, atteso che la pregressa conoscenza delle offerte tecniche degli altri concorrenti fa ritenere comunque concretizzata la violazione dei principi della trasparenza e della par condicio.”

A tale conclusione i primi giudici sono pervenuti sulla scorta dell'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, secondo cui

“Nel caso in cui l'aggiudicazione sia effettuata in base a criteri oggettivi e vincolati, è sufficiente rinnovare la fase di valutazione delle offerte; nel caso, invece, come quello in esame, di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è necessario rinnovare l'intero procedimento di gara, a partire dalla stessa fase della presentazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892; 21 gennaio 2002, n. 340).”

A tale riguardo, tuttavia, l'appellante ha osservato che nella gara in esame, pur prevedendosi l'attribuzione di una parte limitata dei punteggi sulla base di apprezzamenti espressione di discrezionalità tecnica, il giudizio della Commissione sulle offerte esaminate successivamente alla loro riammissione in gara non sarebbe potuto essere influenzato dalla pregressa conoscenza delle offerte presentate dalle altre concorrenti e delle valutazioni espresse nei confronti delle medesime, posto che la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte riammesse applicando gli stessi rigidi criteri di giudizio fissati ed utilizzati in precedenza.

E neppure potrebbe attribuirsi credito, prosegue l'appellante, al denunciato difetto di contestualità delle operazioni valutative, in relazione alla circostanza che l'esame delle offerte tecniche delle concorrenti originariamente ammesse, già svoltosi e conclusosi tra il 15 giugno e il 12 luglio 2006, è ripreso il 18 settembre successivo con riguardo alle offerte in precedenza escluse, dovendo prendersi atto che le offerte tecniche delle diverse concorrenti non vengono mai esaminate contestualmente, in quanto l'esame dell'offerta di una concorrente precede sempre l'esame delle offerte delle concorrenti successive, ma ciò non abilita la concorrente valutata in precedenza a dolersi di una pretesa penalizzazione per essere stata esaminata precedentemente.

La tesi dell'appellante merita consenso.

L'accoglimento del ricorso di primo grado si fonda essenzialmente sull'esigenza del rispetto della par condicio, che, secondo i primi giudici, verrebbe pregiudicata allorché la commissione di gara proceda alla

valutazione di una offerta essendo a conoscenza del giudizio già espresso sulle offerte che hanno già formato oggetto di valutazione. A tale riguardo, invero, coglie nel segno l'osservazione dell'appellante per cui la contestualità della valutazione è un dato meramente illusorio, costituendo un dato di comune esperienza che le offerte tecniche vengono prese in esame in ordine successivo e quindi in momenti temporalmente distinti, senza che questo determini l'illegittimità della procedura.

La giurisprudenza amministrativa, d'altra parte, afferma costantemente che in sede di gara pubblica, il principio di continuità della procedura di gara ha carattere meramente tendenziale, ed è pertanto suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e "par condicio", una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti (Consiglio Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657; Consiglio Stato, sez. IV, 05 ottobre 2005, n. 5360).

Va poi aggiunto che, come ricordato anche dalla commissione di gara nella presente vicenda (verbale del 18 settembre 2006), in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa il principio di segretezza delle offerte non assume un valore di assoluta inderogabilità, in quanto è necessario che esso sia coordinato con altri principi operanti nell'ordinamento, come quello della conservazione dei valori giuridici.

Ne consegue che quando le offerte sono cristallizzate e non possono essere modificate, ben è possibile apprezzarle in tempi diversi senza violare la par condicio che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte medesime.

Rilievo decisivo, infatti, deve essere attribuito alla esistenza, nella procedura considerata, degli elementi che impediscono i condizionamenti del giudizio della commissione, e tali elementi sono riconosciuti nella analiticità della motivazione, nella compiutezza della verbalizzazione, e nell'esistenza di criteri di massima predeterminati (Cons. St. Sez. VI, 1° ottobre 2004 n. 6457).

Tali condizioni risultano rispettate nella gara in esame.

All'offerta tecnica erano riservati un totale di 60 punti, di cui 50 da attribuire secondo calcoli aritmetici non discrezionalmente modificabili. I restanti 10 punti erano suddivisi tra 6 relativi alla valutazione del servizio pre scuola, e 4 per il progetto della rilevazione della qualità dei servizi.

Per questa ultima voce l'appellante ha meritato soltanto punti 3,20 mentre l'appellata ha ottenuto l'intero punteggio di 4 con il giudizio di "eccellente", e quindi non può lamentare alcun condizionamento a suo danno.

Quanto al servizio pre scuola la Commissione ha assegnato all'appellante il punteggio di 5,60 ed all'appellata soltanto punti 2,00, giudicando l'offerta appena sufficiente. L'attribuzione di tale ridotto punteggio è tuttavia sostenuta da analitica motivazione (verbale del 18 settembre 2006).

In particolare, quanto alla “coerenza e continuità del progetto” la Commissione ha rilevato l’assenza di un preciso sviluppo triennale e l’assenza di un processo che ne dia la necessaria coerenza tra obiettivi e finalità.

Circa le “finalità e obiettivi del progetto” se ne è rilevata la genericità e l’assenza dell’inserimento “in un contesto organico, che ne permetta la chiara declinazione degli scopi da raggiungere”.

Tali motivazioni non hanno formato oggetto di contestazione da parte dell’appellata in primo grado.

Risulta quindi condivisibile la censura mossa dall’appellante secondo cui la sentenza appellata, senza attribuire rilievo alla esistenza di criteri predeterminati e di una motivazione particolarmente analitica, ha ravvisato il vizio della procedura nel dato della conoscibilità delle valutazioni in precedenza effettuate, senza procedere ad alcuna verifica circa il prodursi di una concreta violazione dell’obbligo di imparzialità e di parità di trattamento.

L’appello va quindi accolto, ma sussistono valide ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta,

accoglie l’appello in epigrafe, e per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell’8 gennaio 2008 con l’intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere est.





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/per-concretizzarsi-un-vizio-della-procedura-nel-dato-della-conoscibilita-delle-valutazioni-in-precedenza-effettuate-bisogna-verificare-il-prodursi-di-una-concreta-violazione-dell-obbligo-di-imparzia/>