

# **La condotta amministrativa censurata si appalesa contra legem: SONO STATE esaminaTE le offerte economiche prima di procedere alla (peraltro doverosa) verifica dei requisiti di partecipazione**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La condotta amministrativa censurata si appalesa contra legem: SONO STATE esaminaTE le offerte economiche prima di procedere alla (peraltro doverosa) verifica dei requisiti di partecipazione.

la verifica dei requisiti generali di ammissione deve essere generale, ma deve precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche;

la verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi deve essere, se preventiva, a campione (arg. ex art. 48, 1° comma d. lgs. n. 163/2006), laddove - se successiva alla disposta aggiudicazione - deve, con la scandita celerità, riguardare solo il primo ed il secondo graduato (art. 48, 2° comma cit.), e non la generalità degli offerenti.

la condotta amministrativa censurata si appalesa contra legem.

È, invero, in discussione l'operato della stazione appaltante, nella parte in cui - dopo aver determinato, avuto riguardo alle offerte formulate, la soglia di anomalia e proceduto alla consequenziale aggiudicazione provvisoria del contratto - si è indotta ad espressamente subordinare (giusta quanto verbalizzato alla seduta del 28 dicembre 2007) l'aggiudicazione definitiva alla verifica - per il primo classificato e per le imprese sottoposte a sorteggio ex art. 48 d. lgs. n. 163/2006, dei requisiti di ordine generale dichiarati e -

questa volta per tutte le imprese ammesse in gara - dei DURC e dei certificati di regolarità relativi ad imposte e tasse.

In particolare - avuto riguardo alla denunciata violazione del principio di continuità delle procedure ad evidenza pubblica - appare necessario sindacare la possibilità di sottoporre a generalizzata verifica postuma la regolarità fiscale e contributiva della generalità delle imprese concorrenti.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

rbene, è noto che in tema di gare pubbliche, la rigida separazione fra la fase di verifica , in capo ai concorrenti, della sussistenza dei requisiti di ammissibilità per la partecipazione alla procedura e la fase di vera e propria valutazione delle offerte economiche e degli altri titoli prodotti, costituisce una garanzia fondamentale d'imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa pubblica, nella scelta del contraente, da parte della stazione appaltante; si tratta, cioè, di evitare che le scelte - logicamente preliminari - d'individuazione degli ammessi e quelle - coerentemente successive - di carattere valutativo (d'individuazione, cioè, dell'offerta migliore) entrino, fra loro, in un regime di commistione che riduca il livello delle predette garanzie intorno alle determinazioni di competenza della commissione (di qui, appunto, la necessità che tutti i documenti attestanti i requisiti di ammissibilità siano contenuti in una busta ben distinta da quelle contenente l'offerta e gli altri titoli valutabili, con la conseguenza che la preliminare apertura di detta busta corrisponde ad una precisa necessità, quella di esaurire la fase di ammissione in modo del tutto avulso dai condizionamenti derivanti - anche solo in astratto - da una precoce conoscenza dei contenuti economici e in generale afferenti il "merito" della partecipazione della concorrente).

A siffatto ordine di principi non risulta - allora - essersi concretamente attenuta l'Amministrazione provinciale intimata, la quale ha, per l'appunto, invertito il corretto ordo procedendi, esaminando le offerte economiche prima di procedere alla (peraltro doverosa) verifica dei requisiti di partecipazione.

Alle considerazioni che precedono - di per sé sufficienti, in relazione al secondo degli articolati motivi di gravame, a giustificare l'annullamento dei provvedimenti impugnati - può aggiungersi il rilievo che, nella logica dell'art. 48, 2° comma del d. lgs. n. 163/2006 (conforme, in ciò, all'art. 10 della legge n. 109/1994), la rideterminazione della soglia di anomalia è prefigurata in relazione alla verifica (non dei requisiti di carattere generale, sibbene solo) dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi (tra i quali devono considerarsi rientranti la regolarità fiscale e contributiva, in quanto indicative di incapacità o, quanto meno, di difficoltà tecnico-economica dell'impresa: cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2005, n. 341 e TAR Lazio, sez. II, 22 settembre 2006, n. 9194) in possesso dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che lo segua in graduatoria, essendo per tal via esclusa la possibilità di riattivare la subfase di verifica (oltretutto a notevole distanza di tempo) per tutte le imprese partecipanti.

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

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 11309 dell' 1 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Campania, Salerno

**N. 11309/2010 REG.SEN.**

**N. 01680/2008 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1680 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Ditta Ricorrente Giovanni, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto  
presso \*\*\*\*\*. in Salerno, via 6 Settembre 1860;

**contro**

Provincia di Avellino, rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\*, con domicilio

eletto presso \*\*\*\*\*. in Salerno, via F. Manzo,53 c/o \*\*\*\*\*;

### **nei confronti di**

Controinteressata Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\*,  
\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*\*\*. in Salerno,  
via Roma, 61 c/o Avv.Lanocita;

### **per l'annullamento**

previa sospensione dell'efficacia,

1) della nota dirigenziale prot. n.6675/08,recante la comunicazione della data della seduta pubblica per la rideterminazione della soglia di anomalia relativa alla gara aggiudicata con determina n.8612/07; 2) dei verbali di gara 16.07.2008 e 28.12.2007; 3) del bando di gara; 4) del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Avellino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2010 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1.- Con ricorso notificato in data 17 ottobre 2008 e ritualmente depositato il 30 ottobre successivo, integrato da motivi aggiunti notificati lite pendente in data 5 gennaio 2009 e depositati il 20 gennaio successivo, \*\*\*\*\*, quale titolare della omonima ditta:

a) premetteva di aver preso parte alla procedura concorsuale indetta dalla Provincia di Avellino per l'aggiudicazione dell'appalto di lavori di ammodernamento e messa in sicurezza e ripresa del piano viabile della S.P. n. 5, di cui al bando all'uopo pubblicato in data 3 dicembre 2007;

b) precisava che - all'esito della valutazione delle numerose offerte pervenute - con determina in data 28 dicembre 2007 veniva dichiarata aggiudicataria dei lavori;

c) lamentava che - alla inopinata distanza di oltre sei mesi dalla conseguita aggiudicazione - la stazione appaltante avesse comunicato che, essendo stata riscontrata l'esistenza di posizioni irregolari di imprese

della cui offerta economica si era tenuto conto ai fini della determinazione della media, la stessa avrebbe proceduto - in una nuova seduta pubblica, preceduta dalla verifica di tutte le offerte pervenute - alla rideterminazione della soglia di anomalia;

d) denunciava che - a dispetto delle proprie inutili rimostranze - l'Amministrazione provinciale avesse effettivamente proceduto alla rideterminazione della soglia di anomalia, all'esito di che i lavori per cui è causa erano stati aggiudicati alla impresa Controinteressata Costruzioni s.r.l..

Sulle esposte premesse, insorgeva avverso le lesive determinazioni assunte dalla stazione appaltante, lamentando: a) violazione di legge (in relazione all'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 e all'art. 49 della L.R. Campania n. 3/2007), una ad eccesso di potere, avuto riguardo alla irrituale conduzione della subfase di verifica dei requisiti generali di partecipazione alla gara; b) violazione di legge (in relazione all'art. 71 del r.d. n. 827/1924), una ad eccesso di potere sotto plurimo profilo, avuto distinto e concorrente riguardo alla violazione dei principi di continuità e concentrazione della gara, violazione in tesi aggravata dalla circostanza che, essendo la nuova verifica generale delle offerte intervenuta quando erano noti i ribassi proposti dalle partecipanti, l'azione amministrativa doveva ritenersi idonea ad ingenerare il sospetto di favoritismi; c) violazione dell'art. 12 del d. lgs. n. 163/2006, una ad eccesso di potere, atteso che - essendosi per il decorso del tempo asseritamente verificata l'ipotesi della aggiudicazione definitiva c.d. tacita - i provvedimenti impugnati dovessero riguardarsi in termini di irrituale ed illegittimo ritiro, in difetto dei relativi presupposti formali e sostanziali; d) eccesso di potere per contraddittorietà, avuto riguardo alle disomogenee modalità di conduzione di procedura concorsuale analoga, inerente ad altro tratto di strada.

2.- Sia l'Amministrazione intimata che l'impresa controinteressata resistevano al proposto gravame, prospettandone l'inammissibilità e deducendone, comunque, l'infondatezza.

Alla pubblica udienza del 21 gennaio 2010, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

## DIRITTO

1.- Il ricorso è fondato e merita di essere accolto.

2.- È, invero, in discussione l'operato della stazione appaltante, nella parte in cui - dopo aver determinato, avuto riguardo alle offerte formulate, la soglia di anomalia e proceduto alla consequenziale aggiudicazione provvisoria del contratto - si è indotta ad espressamente subordinare (giusta quanto verbalizzato alla seduta del 28 dicembre 2007) l'aggiudicazione definitiva alla verifica - per il primo classificato e per le imprese sottoposte a sorteggio ex art. 48 d. lgs. n. 163/2006, dei requisiti di ordine generale dichiarati e - questa volta per tutte le imprese ammesse in gara - dei DURC e dei certificati di regolarità relativi ad imposte e tasse.

In particolare - avuto riguardo alla denunciata violazione del principio di continuità delle procedure ad evidenza pubblica - appare necessario sindacare la possibilità di sottoporre a generalizzata verifica postuma la regolarità fiscale e contributiva della generalità delle imprese concorrenti.

3.- Orbene, è noto che in tema di gare pubbliche, la rigida separazione fra la fase di verifica, in capo ai concorrenti, della sussistenza dei requisiti di ammissibilità per la partecipazione alla procedura e la fase di vera e propria valutazione delle offerte economiche e degli altri titoli prodotti, costituisce una garanzia fondamentale d'imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa pubblica, nella scelta del contraente, da parte della stazione appaltante; si tratta, cioè, di evitare che le scelte - logicamente preliminari - d'individuazione degli ammessi e quelle - coerentemente successive - di carattere valutativo (d'individuazione, cioè, dell'offerta migliore) entrino, fra loro, in un regime di commistione che riduca il livello delle predette garanzie intorno alle determinazioni di competenza della commissione (di qui, appunto, la necessità che tutti i documenti attestanti i requisiti di ammissibilità siano contenuti in una busta ben distinta da quelle contenente l'offerta e gli altri titoli valutabili, con la conseguenza che la preliminare apertura di detta busta corrisponde ad una precisa necessità, quella di esaurire la fase di ammissione in modo del tutto avulso dai condizionamenti derivanti - anche solo in astratto - da una precoce conoscenza dei contenuti economici e in generale afferenti il "merito" della partecipazione della



concorrente).

A siffatto ordine di principi non risulta - allora - essersi concretamente attenuta l'Amministrazione provinciale intimata, la quale ha, per l'appunto, invertito il corretto ordo procedendi, esaminando le offerte economiche prima di procedere alla (peraltro doverosa) verifica dei requisiti di partecipazione.

4.- Alle considerazioni che precedono - di per sé sufficienti, in relazione al secondo degli articolati motivi di gravame, a giustificare l'annullamento dei provvedimenti impugnati - può aggiungersi il rilievo che, nella logica dell'art. 48, 2° comma del d. lgs. n. 163/2006 (conforme, in ciò, all'art. 10 della legge n. 109/1994), la rideterminazione della soglia di anomalia è prefigurata in relazione alla verifica (non dei requisiti di carattere generale, sibbene solo) dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi (tra i quali devono considerarsi rientranti la regolarità fiscale e contributiva, in quanto indicative di incapacità o, quanto meno, di difficoltà tecnico-economica dell'impresa: cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2005, n. 341 e TAR Lazio, sez. II, 22 settembre 2006, n. 9194) in possesso dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che lo segua in graduatoria, essendo per tal via esclusa la possibilità di riattivare la subfase di verifica (oltretutto a notevole distanza di tempo) per tutte le imprese partecipanti.

5.- In buona sostanza: a) la verifica dei requisiti generali di ammissione deve essere generale, ma deve precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche; b) la verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi deve essere, se preventiva, a campione (arg. ex art. 48, 1° comma d. lgs. n. 163/2006), laddove - se successiva alla disposta aggiudicazione - deve, con la scandita celerità, riguardare solo il primo ed il secondo graduato (art. 48, 2° comma cit.), e non la generalità degli offerenti.

6.- In definitiva, sotto entrambi i profili considerati, la condotta amministrativa censurata si appalesa *contra legem*.

Potendo ritenersi assorbita ogni altra doglianza, il ricorso va, pertanto, accolto (sussistendo, ad avviso del Collegio, giustificate ragioni - in considerazione della particolarità della esaminata vicenda e del divergente esito della fase cautelare in prime ed in seconde cure - per disporre l'integrale compensazione di spese e competenze di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Salerno, sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto da \*\*\*\*\*, come in epigrafe individuato, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

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

\*\*\*\*\*, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/10/2010

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

**IL SEGRETARIO**

<https://www.diritto.it/la-condotta-amministrativa-censurata-si-appalesa-contralegem-sono-state-esaminate-le-offerte-economiche-prima-di-procedere-alla-peraltro-doverosa-verifica-dei-requisiti-di-partecipazione/>