

## **I principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma derogabili dalla “lex specialis”**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Nella disciplina di gara, ove trattisi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica

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 mentre il rispetto del principio di pubblicità si rende doveroso solo nei casi in cui le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicino la adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura (cfr. Cons. Stato, V, 14 ottobre 2009 n.6311; V, 11 maggio 2007 n. 2355).

Nel caso in esame la lettera di invito non ha previsto l'obbligo della apertura in seduta pubblica anche della busta contenente la offerta tecnica poiché questa non conteneva alcun documento previsto a pena di esclusione ma solo documenti tecnici indicati dalla lettera di invito.

In conclusione l'aver affidato alla commissione la effettuazione delle operazioni materiali di dissigilatura delle buste inserite in quella contenente la offerta tecnica e di valutazione del relativo contenuto, attraverso la attribuzione dei relativi punteggi, non riguardando la ammissione dei soggetti interessati alla gara, non integra un comportamento suscettibile di ledere alcuna norma esplicita di legge né alcun principio di tutela della concorrenza o di trasparenza e comunque avviene conformemente alle

prescrizioni di gara contenute nella lettera di invito.

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

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7470 del 13 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 07470/2010 REG.SEN.**

**N. 01812/2010 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

## **DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 1812 del 2010, proposto da:

Ricorrente s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore in proprio e quale Impresa avvalentesi delle ausiliarie Ricorrente due Servizi Societa' Ricorrente tre, e Ricorrente quattro \*\*\*\*\*, rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* , con domicilio eletto nello studio di quest'ultimo in Roma, viale Mazzini, 11;

### **contro**

-Azienda Ulss 17 in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\* ed \*\*\*\*\* , con domicilio eletto nello studio del secondo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

- Ditta ALFA Societa' Cooperativa Societa' Consortile Onlus in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* , con domicilio eletto nello studio del secondo in Roma, via Antonio Bertoloni, 44;

### **per la riforma**

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA SEZIONE I n. 00174/2010;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss 17 e di Ditta ALFA Societa' Cooperativa Societa' Consortile Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2010 il Cons. \*\*\*\*\* e uditi per le parti gli avvocati \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*; quest' ultimo su delega dell' avv. \*\*\*\*\*;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ULSS 17 di Este (PD) indiceva una gara denominata "Procedura negoziata per servizi sanitari di ambulanza, di trasporto pazienti ed emodializzati" per l'affidamento del relativo servizio con contratto quinquennale.

All'esito della procedura la società Ricorrente s.r.l. impugnava gli atti di gara e segnatamente la graduatoria finale a favore della controinteressata ALFA pronunciata dalla stazione appaltante nella seduta pubblica in data 23/06/09.

Il Tar Veneto con la sentenza appellata respingeva il ricorso.

La ricorrente Ricorrente s.r.l. ha appellato la sentenza del TAR sulla base di tre motivi:

-Errore di fatto e di diritto. Assenza di ogni attività di verifica della integrità dei plichi denominati busta B e busta C. Necessità di apertura di ogni busta in seduta pubblica.

-Omessa indicazione nell'atto costitutivo del consorzio, delle parti del servizio che saranno assunte da ciascun consorziato.

-Erronea indicazione nella sentenza della attività di verifica della documentazione amministrativa e ammissione alla gara, da parte del dottor \*\*\*\*\*, nella qualità di Presidente della commissione di gara e non in qualità di responsabile unico del procedimento.

Si sono costituite in appello la ULSS n.17 di \*\*\*\* e la ALFA Società Ricorrente tre Consortile Onlus chiedendo con dovizia di argomentazioni il rigetto dell'appello.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

All'udienza del 25 maggio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo l'appellante critica le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice in ordine alla pubblicità della seduta di gara al momento della apertura delle buste. Tali conclusioni sarebbero infondate in fatto in quanto la stazione appaltante non avrebbe proceduto alla verifica della integrità di tutti plichi di gara in seduta pubblica prima di aprire la busta B in seduta segreta contrariamente a quanto indicato in sentenza a pagina 4.

Sottolinea la appellante che il verbale della seduta del 28.4.2010, unico atto fidefacente fino a querela di falso delle attività compiute dalla Commissione di gara, non contiene alcuna menzione relativa alla attività di verifica della integrità delle buste B e C .

Le appellate di contro affermano che l'appellante, censurando l'assenza di attività di verifica della integrità dei plichi avrebbe dedotto un vizio nuovo non dedotto in primo grado. Controbatte l'appellante assumendo che si tratta di una contestazione specifica in fatto ed in diritto della motivazione utilizzata dal giudice di primo grado per rigettare la doglianza di violazione del principio di pubblicità della gara.

2. Ritiene il Collegio che la censura sia inammissibile.

L'appellante si era limitata a censurare in primo grado solo il fatto che la Commissione di gara non aveva aperto la busta contenente la offerta tecnica in seduta pubblica senza però eccepire la presunta mancata verifica della integrità dei plichi in seduta pubblica, mancata verifica che viene così contestata per la prima volta in appello.

In ogni caso la censura è infondata anche nel merito perché basata su un erroneo presupposto di fatto.

Occorre considerare che il verbale esplicita chiaramente l'avvenuta effettuazione delle operazioni ricomprendendovi anche la verifica della integrità dei plichi di cui l'appellante sostiene erroneamente la omissione.

Ed invero la sinteticità della formula utilizzata nel verbale per descrivere lo svolgimento di tale attività non può essere ritenuta idonea a viziare la intera procedura di gara non dovendo il seggio di gara verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte.

2.1. Quanto al rilievo che l'attività posta in essere dalla commissione sarebbe illegittima per non avere aperto le buste contenenti la offerta tecnica in seduta pubblica, è necessario sottolineare che la lettera di invito, all'art.2, prevedeva che si sarebbe provveduto in seduta pubblica alla effettuazione delle operazioni finalizzate alla ammissione dei soggetti interessati alla gara.

Al riguardo questo Consiglio di Stato ha affermato che i principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma 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 mentre il rispetto del principio di pubblicità si rende doveroso solo nei casi in cui le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicino la adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura (cfr. Cons. Stato, V, 14 ottobre 2009 n.6311; V, 11 maggio 2007 n. 2355).

Nel caso in esame la lettera di invito non ha previsto l'obbligo della apertura in seduta pubblica anche della busta contenente la offerta tecnica poiché questa non conteneva alcun documento previsto a pena di esclusione ma solo documenti tecnici indicati dalla lettera di invito.

In conclusione l'aver affidato alla commissione la effettuazione delle operazioni materiali di dissigilatura delle buste inserite in quella contenente la offerta tecnica e di valutazione del relativo contenuto, attraverso la attribuzione dei relativi punteggi, non riguardando la ammissione dei soggetti interessati alla gara, non integra un comportamento suscettibile di ledere alcuna norma esplicita di legge né alcun principio di tutela della concorrenza o di trasparenza e comunque avviene conformemente alle prescrizioni di gara contenute nella lettera di invito.

3. Relativamente al secondo motivo di appello concernente la omessa indicazione nell'atto costitutivo del consorzio, delle parti del servizio che saranno assunte da ciascun consorziato si sostiene, da parte dell'appellante, che la sentenza è errata in quanto omette di considerare che la carenza e la inammissibilità della documentazione amministrativa viene dedotta in relazione a quanto prescritto dai documenti di gara ed in particolare dall'art. 2 della lettera di invito (pag. 4 della lettera di invito).

Le articolate considerazioni del Tar, che ha respinto la doglianza, vengono condivise dal Collegio.

Il Tar ha rilevato che nessuna norma impone alle società consortili permanenti che hanno natura stabile ed obiettivi statuari che travalicano la semplice partecipazione ad una gara ma che sono soggetti giuridici differenti dalle associazioni temporanee di imprese, di specificare, nell'atto costitutivo, le tipologie dei servizi da svolgersi da parte delle singole consorziate in occasione delle gare cui la società stessa partecipi: l'art. 36, V comma del d.l.vo n. 163 del 2006 impone ad essi, infatti, soltanto di indicare il nome dei soggetti consorziati che diverranno, in caso di aggiudicazione, materiali esecutori del servizio. Pertanto la norma non richiede che vengano specificate, analogamente a quanto disposto dall'articolo 37 per le a.t.i., anche le parti del servizio rese da ciascuna consorziata.

Con l'effetto, pertanto, che la *lex specialis* della gara, imponendo di indicare le quote di partecipazione e le parti del servizio da eseguire da ciascuna associata, non poteva, coerentemente, che riferirsi alle associazioni temporanee di imprese e non ai Consorzi stabili preesistenti alla gara.



La ALFA pertanto contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante non andava esclusa dalla gara.

3. Infondato è anche il terzo motivo di appello.

La appellante rileva che le attività di gara sono state svolte ora da un organo monocratico, il solo Presidente, giacchè i testi non possono essere considerati commissari di gara, ora dalla Commissione giudicatrice. Ne risulterebbe quindi un vulnus del principio della collegialità della commissione di gara secondo il quale sia le decisioni sulla ammissione/esclusione alla gara, sia l'apertura e la valutazione delle offerte economiche accompagnata dalla proclamazione della graduatoria finale avrebbero dovuto essere assunte dalla Commissione nel suo plenum.

Viene in particolare richiamato l'art.84 del codice degli appalti la cui interpretazione, porterebbe ad affermare che nelle gare con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa non è ammissibile che la valutazione delle offerte tecniche e di quelle economiche venga affidata a commissioni diverse (Cons. Stato, II, par. n.2671 del 7.5.2008).

3.1. Osserva tuttavia al riguardo il Collegio che il disciplinare di gara e la lettera di invito non fanno riferimento all'art.84 del codice degli appalti e che la normativa richiamata dalla appellante non può trovare applicazione nella procedura in esame.

Trattasi infatti di gara con procedura negoziata accelerata ex art. 20 e 27 del d.lgs. n.163 del 2006 per l'affidamento del servizio sanitario di ambulanza e di trasporto pazienti ed emolidializzati, disciplinato esclusivamente dall'art.68, dall'art.65 e dall'art. 225 del codice. La normativa dunque è quella prevista dai contratti esclusi indicati nell'art. 27 del codice (si veda al riguardo la recente decisione di questo Consiglio di Stato Sez. V, n.5505 del 15.9.2009).

In ogni caso anche a ritenere applicabile la normativa richiamata dall'appellante si tenga conto che la gara aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è una procedura composta da varie fasi, alcune delle quali necessitano di competenze amministrative ed altre, invece, di competenze tecniche; nel caso in esame correttamente le fasi amministrative sono state espletate in seduta pubblica dal Responsabile Unico del Procedimento atteso che questi, ai sensi dell'articolo 10, 2° comma del d.l.vo n. 163/2006 il RUP "svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice...che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti" coadiuvato da testimoni e dall'Ufficiale rogante, mentre la fase di valutazione delle offerte tecniche è stata demandata ad una commissione presieduta sempre dal RUP, ma composta da due tecnici .

In ogni caso l'offerta non è stata oggetto di alcuna valutazione demandata al Presidente del seggio di gara e responsabile del procedimento in violazione dell'art. 84 richiamato, essendosi questi limitato, in conformità a quanto previsto dagli atti di gara, alla sola lettura del prezzo offerto.

In conclusione l'appello non merita accoglimento.

Spese ed onorari tuttavia in relazione alla peculiarità della fattispecie possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione, definitivamente decidendo respinge l'appello in epigrafe indicato.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

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

Marzio Branca, Consigliere

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

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

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/i-principi-di-pubblicita-e-trasparenza-delle-sedute-della-commissione-di-gara-non-sono-assoluti-ma-derogabili-dalla-lex-specialis/>