

## **Contratti pubblici: la nomina della commissione di gara deve avvenire solo dopo la scadenza del termine per presentare le offerte**

**Autore:**

**In:** Diritto amministrativo, Giurisprudenza commentata

**Qui la sentenza n. 1548 del 11/11/2015 del T.a.r. per la Toscana, sez. II**

Secondo il T.A.R. per la Toscana la nomina dei membri della commissione giudicatrice di una procedura ad evidenza pubblica, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, può avvenire solo dopo la scadenza del termine stabilito per la presentazione delle offerte.

E' questo il principio ribadito dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo fiorentino con la sentenza n. 1548, depositata lo scorso 11 novembre.

La statuizione in commento ha accolto il ricorso proposto da una società che aveva partecipato ad una gara per l'assegnazione del servizio di fornitura di bevande e merendine tramite distributori automatici e che si era rivolta al T.A.R. dopo avere appurato la violazione del comma 10 dell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006 (c.d. "Codice dei Contratti Pubblici"), a mente del quale, per l'appunto, "La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte".

I Giudici toscani hanno rilevato come il rispetto della disposizione testè citata deve considerarsi imprescindibile per evitare qualsivoglia, anche solo potenziale, contatto tra commissari ed offerenti che possa far ipotizzare una qualche lesione ai fondamentali principi di trasparenza, imparzialità, buon

andamento che devono guidare l'azione della Pubblica Amministrazione.

La decisione ha quindi stigmatizzato l'operato dell'ente che ha indetto la gara, il quale aveva invece adottato il diverso iter procedimentale summenzionato, non essendo revocabile in dubbio che così facendo si erano inficiate le finalità cui devono tendere tutte le selezioni preordinate all'affidamento di una commessa pubblica ed, in particolare, non era stata assicurata la - doverosa - impossibilità di consentire eventuali indebite influenze dei partecipanti nei confronti dei commissari.

Nel fare ciò ha richiamato espressamente, tra gli altri, un precedente, autorevolmente reso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 13 del 07/05/2013, in cui si era affermato come si debba considerare illegittimo ogni affidamento - relativo sia agli appalti che alle concessioni di servizi, puntualizzazione opportuna atteso il tenore dell'art. 30 del Codice dei Contratti Pubblici che, come noto, per le seconde limita fortemente l'applicazione delle norme dettate nel D.Lgs. 163/2006 medesimo - effettuato con simili modalità, a prescindere dalla verifica circa l'avvenuta o meno alterazione, in concreto, delle regole disciplinanti la fattispecie. In altre parole, il vizio in parola inficia irrimediabilmente tutta la procedura, anche perché trattasi di contegno che si materializza prima ancora che la stessa inizi a fare concretamente il proprio corso.

Non può sorprendere pertanto che, conseguentemente, tutte le eccezioni proposte in giudizio dal Comune affidante e dalla controinteressata siano state rigettate: costoro avevano infatti rilevato che (i) il ricorso avrebbe dovuto essere ritenuto tardivo in quanto proposto oltre i trenta giorni previsti dalla normativa, poichè questi dovevano considerarsi decorrenti dal momento in cui una delegata dell'impresa, ancorchè presente alle operazioni di gara, sul punto non avesse rilevato alcunchè, nonostante apposita richiesta formulata in quella sede dal Dirigente scolastico (il servizio doveva svolgersi presso una scuola pubblica), costituendo in tal maniera una sorta di acquiescenza anche al pregresso agire amministrativo, (ii) non erano state impugnate né l'approvazione dei verbali né l'aggiudicazione provvisoria, e (iii) la ricorrente non aveva superato la c.d. "prova di resistenza", vale a dire non aveva dimostrato che l'esito della gara sarebbe stato diverso qualora fossero state accolte le doglianze avanzate.

Il Tribunale toscano ha precisato come la presenza di una rappresentante dell'offerente alla seduta di gara non potesse ritenersi risolutiva, posto che costei non avrebbe potuto, in quell'occasione, rendersi pienamente conto dell'avvenuta lesione dell'art. 84, comma 10, del D.Lgs. 163/2006, ed ha aggiunto che, casomai, la circostanza sarebbe stata determinante nell'ipotesi in cui il gravame fosse stato diretto avverso l'esclusione dalla competizione, dato che solo in simili fattispecie l'impresa ha immediata contezza della lesività del provvedimento; ha inoltre evidenziato come il motivo di ricorso fosse idoneo a travolgere l'intera procedura, di talchè non poteva sostenersi che la mancata impugnazione degli atti infraprocedimentali nel frattempo compiuti avrebbe comportato l'inammissibilità del gravame, essendo questi destinati a vedere i propri effetti posti nel nulla a seguito della dichiarazione di invalidità del provvedimento impugnato; ha infine rimarcato come non è necessario riferirsi alla prova di resistenza in eventualità nelle quali, come quella oggetto del giudizio, si disputi di rimostranze che, se accolte, determinano, come appena osservato, l'illegittimità di ogni ulteriore provvedimento, ivi compreso il risultato finale della selezione.

La sentenza si pone, invero, nel solco di un orientamento piuttosto consolidato: nello stesso senso hanno infatti deciso la medesima Sezione Seconda del T.A.R. toscano con la sentenza n. 1536 del 10/11/2015; il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 3352 del 07/07/2015 e Sez. VI, con la sentenza n. 1296 del 14/03/2014 nonché il T.A.R. Milano, Sez. II, con la sentenza n. 377 del 04/02/2014. Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione si è espressa analogamente con il Parere di precontenzioso n. 47 del 10/04/2013.

Si fa notare vieppiù che, come del resto chiaramente esplicitato dalla disposizione normativa più volte citata, i membri della commissione di gara devono essere individuati dopo che sia decorso il termine previsto per il deposito delle offerte da parte dei concorrenti nei soli casi di procedura da assegnarsi a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa: se il criterio di aggiudicazione è, invece, quello del prezzo più basso, a tale regola si può derogare essendo evidente che, in queste ultime ipotesi, ai commissari non sono demandate valutazioni tecnico-discrezionali e, pertanto, i loro nomi possono essere conosciuti anche prima, senza che si avverta il pericolo di inquinamento della selezione paventato allorquando a costoro siano attribuiti i più delicati compiti derivanti dal diverso sistema di delibazione delle offerte, poi destinati a designare la graduatoria, dato che con il criterio dell'affidamento all'offerta economicamente più vantaggiosa vengono in rilievo sia il prezzo sia, soprattutto, le soluzioni tecniche

proposte dai partecipanti. In giurisprudenza sull'argomento si segnalano, ad esempio, T.A.R. Napoli, Sez. VI, sent. n. 4724 del 08/10/2015; Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 4613 del 23/09/2008 e Sez. III, ord. n. 3400 del 30/08/2013.

Riassumendo, secondo la statuizione in rassegna occorre che, qualora ci si trovi di fronte ad una procedura ad evidenza pubblica soggetta al criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nelle peculiari ipotesi in cui si tratti di concessione di servizi o di servizi elencati nell'Allegato II B del Codice dei Contratti Pubblici, fattispecie queste caratterizzate dall'applicazione solo parziale delle norme dell'appena citato D.Lgs. 163/2006 e regolate rispettivamente dall'art. 30 (la concessione di servizi) e dall'art. 27 (l'affidamento dei servizi di cui all'Allegato II B), la designazione della commissione giudicatrice sia comunque effettuata onorando il disposto di cui al decimo comma dell'art. 84, posto ad irrinunciabile presidio della correttezza di tutta la procedura volta alla selezione del contraente privato, la quale deve svolgersi senza dar adito all'insorgenza di alcun dubbio circa eventuali favoritismi compiuti nei confronti di qualche concorrente, cosa che potrebbe avvenire se si consentisse di derogare alla disposizione legislativa ovvero consentendo ai concorrenti di conoscere, anticipatamente rispetto al momento ultimo in cui gli stessi possono presentare le proprie candidature, i nominativi dei membri che andranno a comporre la commissione stessa.

Si aggiunge per completezza che il T.A.R. Toscana ha rigettato il motivo di ricorso con il quale si era contestata la composizione della commissione in quanto composta da un numero pari di membri, sostenendo che non costituisce "principio generale (applicabile dunque anche alle concessioni di servizi) la regola (art. 84 comma 2 del Codice) relativa alla composizione della commissione giudicatrice in un numero dispari di componenti non superiore a cinque: in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, sez. III, nelle sentenze 3 ottobre 2013 n. 4884 e 11 luglio 2013 n. 3730 facendo riferimento alle numerose ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria".

<https://www.diritto.it/contratti-pubblici-la-nomina-della-commissione-di-gara-deve-avvenire-solo-dopo-la-scadenza-del-termini-per-presentare-le-offerte/>