

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29159-il-deposito-cauzionale-provvisorio-costituisce-nelle-procedure-ad-evidenza-pubblica-un-elemento-essenziale-dell-offerta>

Autore: Lazzini Sonia

## **Il deposito cauzionale provvisorio costituisce, nelle procedure ad evidenza pubblica, un elemento essenziale dell'offerta**

Tar Puglia, Lecce, 20.02.2010 n. 578

**Il deposito cauzionale provvisorio costituisce, nelle procedure ad evidenza pubblica, un elemento essenziale dell'offerta**

Solo nel caso in cui la la *lex specialis* sia scritta in modo tale da trarre oggettivamente in inganno i concorrenti circa l'importo della cauzione provvisoria, la sua errata presentazione potrebbe essere sanabile *ex post* attraverso un'integrazione della somma garantita

In effetti, la ricorrente è stata esclusa per non avere allegato alla domanda di partecipazione e all'offerta una serie di documenti richiesti dal bando a pena di esclusione, e, fra questi, il deposito cauzionale provvisorio (che la ditta istante ha costituito in data 26 settembre 2007, ossia dopo l'espletamento della gara).

Ora, pur volendosi prescindere dalla questione relativa alla necessità di presentare o meno la restante documentazione menzionata nella nota comunale n. 22423 del 24.9.2007, è certo che il deposito cauzionale provvisorio costituisce, nelle procedure ad evidenza pubblica, un elemento essenziale dell'offerta, il quale deve essere presentato in sede di gara, non essendo ammissibile una regolarizzazione postuma dell'adempimento (salvo casi marginali in cui è possibile, al limite, un'integrazione della somma garantita, allorquando, ad esempio, la *lex specialis* sia scritta in modo tale da trarre oggettivamente in inganno i concorrenti circa l'importo della cauzione provvisoria). Pertanto, come già statuito dal T.a.r. in sede cautelare (ordinanza n. 1063/2007), sotto questo profilo l'esclusione della ricorrente si appalesa legittima.

Né risulta fondato l'altro motivo di ricorso (pure esso finalizzato al travolgimento integrale della gara), con cui si deduce la violazione del termine minimo per la presentazione delle offerte previsto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006.

Sotto questo profilo, la ricorrente sostiene che una delle ragioni per cui l'offerta era stata presentata priva di alcuni documenti fondamentali risiede proprio nell'esiguo termine concesso dalla stazione appaltante per l'invio delle offerte. Tale motivo, ove accolto, sarebbe già di per sé sufficiente a decretare l'annullamento della procedura, dovendo il Comune concedere ai potenziali concorrenti un nuovo termine intero per l'approntamento dei plichi recanti le offerte.

Peraltro, il motivo appare infondato, visto che per gli appalti "sotto soglia" di servizi da aggiudicare a seguito di procedura aperta il termine minimo da concedere ai potenziali concorrenti per l'invio delle offerte è di quindici giorni (art. 124, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006), nella specie ampiamente rispettato. Al riguardo, seppure è vero che la norma del Codice dei contratti pubblici afferma che gli effetti giuridici connessi alla pubblicità decorrono dalla data della pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale (adempimento che nella specie non pare sia stato osservato dal Comune di Ostuni), è altrettanto vero che la ricorrente non ha formulato una specifica censura in tale senso, limitandosi a censurare la violazione di una norma (l'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006) inapplicabile nella presente fattispecie.

In disparte la questione della tempestività dei motivi aggiunti, difatti, pure sollevata dalla Corte Costituzionale, va osservato che la ricorrente correttamente veniva esclusa dalla procedura per non avere allegato alla domanda di partecipazione e all'offerta una serie di documenti richiesti dal bando a pena di esclusione, e, fra questi, il deposito cauzionale provvisorio (che la ditta istante ha costituito in

data 26 settembre 2007, ossia dopo l'espletamento della gara), come già scritto elemento essenziale dell'offerta, da presentarsi in sede di gara (non essendo normalmente ammissibile una regolarizzazione postuma dell'adempimento).

Né risultava fondato l'altro motivo di ricorso, finalizzato al travolgimento integrale della gara, con cui si deduceva la violazione del termine minimo per la presentazione delle offerte previsto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006: si richiama, sul punto, quanto già osservato dal T.a.r. con l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

Ancora deve richiamarsi, quindi, il passaggio motivazionale in cui la Corte rilevava che "un eventuale annullamento degli atti impugnati, in ragione della illegittima composizione della commissione di aggiudicazione dell'appalto, lascerebbe ferma l'attività amministrativa posta in essere fino alla nomina della commissione, con conseguente rinnovazione parziale della procedura concorsuale da parte della stazione appaltante": circostanza che la Corte riteneva viepiù rilevante in ragione del disposto dell'art. 21 octies, secondo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce che non assume rilievo l'invalidità di atti vincolati quando <<sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato>> (come appunto nel caso di specie).

A ciò conseguirebbe, anche secondo la Corte, che "la commissione, pur diversamente formata, nell'esaminare nuovamente le originarie domande di partecipazione, dovrebbe comunque escludere l'offerta presentata dalla ricorrente nel giudizio a quo".

A quanto fin qui esposto deve solo aggiungersi che l'esclusione della RICORRENTE neppure era inficiata dalla circostanza di essere stata deliberata da una commissione di cui faceva parte il R.U.P., posto che trattavasi di attività di mero accertamento -di una carenza documentale- e non di attività valutativa, rispetto alla quale dunque il divieto di cui all'art. 84 non trovava applicazione. Lo stesso, infatti, è previsto quanto alla composizione della commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cioè per l'ipotesi che la commissione sia chiamata a formulare valutazioni, valutazioni nella specie inesistenti.

D) L'infondatezza dei motivi dedotti comporta la reiezione sia del ricorso sia dell'azione risarcitoria.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 578 del 20 febbraio 2010 emessa dal Tar Puglia, Lecce

**N. 00578/2010 REG.SEN.**

**N. 01505/2007 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Terza**

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

Sul ricorso n. 1505 del 2007, proposto da:

- RICORRENTE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Salvatore Paladini ed elettivamente domiciliata in Lecce, presso lo studio del difensore, alla via Stampacchia 9;

### *contro*

- il Comune di Ostuni, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Cecilia Rosalia Zaccaria ed elettivamente domiciliato in Lecce, presso lo studio dell'Avv. Angelo Vantaggiato, alla via Zanardelli 7,

- la Commissione di gara per l'affidamento del servizio denominato “realizzazione di riserva naturale presso Lido Morelli - Realizzazione di servizi a supporto della fruibilità dell'istituenda area protetta delle dune costiere di Lido Morelli”, in persona del Presidente pro tempore, non costituita;

### *nei confronti di*

- “Controinteressato” s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

### *per l'annullamento*

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio denominato “Realizzazione di riserva naturale presso Lido Morelli – Realizzazione di servizi a supporto della fruibilità dell'istituenda area protetta delle dune costiere di Lido Morelli”, comunicato con nota prot. n. 22423 del 24.9.2007 del Dirigente del Settore Legale e Contratti del Comune di Ostuni in esito alle operazioni di gara tenutesi in seduta pubblica il 21 settembre 2007;

- del bando di gara prot. n. 16296 del 28.6.2007, relativo all'affidamento del servizio sopra indicato, limitatamente ai punti 18 e 19, se ed in quanto interpretati nel senso di ritenere che nel plico A) deve includersi: “1) Elenco contenente i principali servizi prestati negli ultimi anni ... 2) Specifica dichiarazione

dell'offerente ... dalla quale risulti la presenza tra gli amministratori, soci, dirigenti e/o prestatori d'opera del soggetto offerente, della Multidisciplinarietà ed interdisciplinarietà del raggruppamento ... 3) Cauzione provvisoria di € 1.000,00...”;

- di tutti gli atti di gara, comunque lesivi degli interessi della ricorrente, ed in particolare del verbale della seduta pubblica del 21.9.2007;
- della d.d. in data 29.11.07, n. 1683, di aggiudicazione definitiva del servizio in favore della Controinteressato s.c.a.r.l.;
- della d.d. n. 1056/07 di nomina della Commissione di gara;
- del vigente Regolamento dei contratti del Comune di Ostuni, limitatamente all'art. 6;
- del bando di gara prot. n. 16296 del 28.6.07 limitatamente al punto 16, nella parte in cui fissa quale termine ultimo per la presentazione delle offerte il giorno 18.7.07;
- del contratto di appalto in data 31.1.08;
- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, anche se non conosciuto;

e per l'accertamento e la declaratoria

- del diritto della ditta ricorrente ad essere ammessa a partecipare alla gara predetta, previa, ove occorra, rinnovazione delle operazioni di gara espletate;

e per l'accertamento del diritto e conseguente condanna

- dell'Amministrazione Comunale di Ostuni al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi conseguenti all'illegittima esclusione dalla gara.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ostuni.

Visti gli atti della causa.

Relatore all'udienza pubblica del 26 novembre 2009 il dott. Ettore Manca e uditi gli Avv.ti Paladini e Zaccaria.

Osservato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

A) Il Collegio ritiene in primo luogo necessario, ai fini di una migliore comprensione delle vicende in esame, richiamare il contenuto dell'ordinanza n. 1787/08 di questo T.a.r., pronunciata nel corso del presente giudizio:

<<1. La ditta ricorrente, in un primo tempo con il ricorso introduttivo e successivamente con motivi aggiunti, impugna i provvedimenti con i quali il Comune di Ostuni l'ha dapprima esclusa dalla procedura e quindi ha aggiudicato definitivamente in favore della controinteressata "Controinteressato" l'appalto avente ad oggetto i servizi a supporto dell'istituenda Area protetta delle dune di "Lido Morelli" (servizi compiutamente descritti nel capitolato).

Giova sin da ora premettere che RICORRENTE era stata esclusa per ben due volte dalla procedura, ottenendo una prima volta la riammissione per effetto della sentenza n. 3240/2007 della Sez. II di questo Tribunale. Il secondo provvedimento di esclusione, invece, pure esso impugnato, è stato ritenuto legittimo in sede cautelare (ordinanza n. 1063/2007 della Sez. II del T.a.r.), di talché la gara è proseguita senza che l'offerta della ricorrente fosse esaminata dalla commissione preposta alla valutazione delle offerte, concludendosi con l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Con i motivi aggiunti, RICORRENTE, oltre a dedurre il vizio di invalidità derivata dall'aggiudicazione, ha dedotto vizi di legittimità tali per cui il loro accoglimento implicherebbe il travolgimento dell'intera procedura.

2. In particolare, viene dedotto il vizio di violazione dell'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, applicabile anche alla presente gara, nonostante si tratti di

appalto “sotto soglia” (importo a base d’asta € 50.000,00, IVA esclusa), ai sensi dell’art. 121 del c.d. Codice dei contratti pubblici. Al riguardo, la ricorrente evidenzia che della commissione di gara ha fatto (illegittimamente) parte il dirigente dell’U.T.C., ossia un soggetto che ha svolto, nell’ambito della stessa procedura, compiti ascrivibili a quelli menzionati nel citato art. 84, comma 4.

E poiché la norma dispone che “I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto nè possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”, ne conseguirebbe de plano l’illegittimità radicale della gara, a partire dal primo atto compiuto dalla commissione, ossia proprio l’esclusione di RICORRENTE

Peraltro, dalla documentazione allegata ai motivi aggiunti, si evince che il predetto funzionario è stato nominato quale membro della commissione di gara in virtù dell’art. 6 del regolamento comunale sui contratti, il quale stabilisce che il dirigente o il responsabile dell’ufficio o servizio che ha elaborato il progetto a base della gara (o un suo vicario) fa sempre parte della commissione, nel mentre la presidenza dell’organo, giusta il regolamento sugli uffici e i servizi, è affidata al dirigente del Settore Appalti e Contratti.

Prima di proseguire, va precisato che, avendo il Comune proceduto nel frattempo alla consegna dei lavori (onde non incorrere nella perdita del finanziamento regionale), l’accoglimento del ricorso rileva solo ai fini del risarcimento del danno per equivalente, avendo la ricorrente proposto la relativa domanda unitamente a quella cassatoria.

3. Ciò premesso, il Tribunale ritiene che la decisione sulla presente controversia non possa prescindere dalla verifica della legittimità dell’art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, verifica che questo Tribunale deve necessariamente devolvere alla Corte Costituzionale, per le ragioni che si vanno ad esporre.

3.1. Per quanto concerne la rilevanza della questione, il Collegio ritiene che la decisione della controversia dipende proprio dall'applicazione o meno della norma summenzionata, in quanto gli altri motivi di ricorso dedotti da RICORRENTE sono infondati, la qual cosa è a dirsi, in particolare, per quanto concerne il provvedimento di esclusione dalla gara impugnato con il ricorso introduttivo.

In effetti, la ricorrente è stata esclusa per non avere allegato alla domanda di partecipazione e all'offerta una serie di documenti richiesti dal bando a pena di esclusione, e, fra questi, il deposito cauzionale provvisorio (che la ditta istante ha costituito in data 26 settembre 2007, ossia dopo l'espletamento della gara). Ora, pur volendosi prescindere dalla questione relativa alla necessità di presentare o meno la restante documentazione menzionata nella nota comunale n. 22423 del 24.9.2007, è certo che il deposito cauzionale provvisorio costituisce, nelle procedure ad evidenza pubblica, un elemento essenziale dell'offerta, il quale deve essere presentato in sede di gara, non essendo ammissibile una regolarizzazione postuma dell'adempimento (salvo casi marginali in cui è possibile, al limite, un'integrazione della somma garantita, allorquando, ad esempio, la lex specialis sia scritta in modo tale da trarre oggettivamente in inganno i concorrenti circa l'importo della cauzione provvisoria). Pertanto, come già statuito dal T.a.r. in sede cautelare (ordinanza n. 1063/2007), sotto questo profilo l'esclusione della ricorrente si appalesa legittima.

Né risulta fondato l'altro motivo di ricorso (pure esso finalizzato al travolgimento integrale della gara), con cui si deduce la violazione del termine minimo per la presentazione delle offerte previsto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006.

Sotto questo profilo, la ricorrente sostiene che una delle ragioni per cui l'offerta era stata presentata priva di alcuni documenti fondamentali risiede proprio nell'esiguo termine concesso dalla stazione appaltante per l'invio delle offerte. Tale motivo, ove accolto, sarebbe già di per sé sufficiente a decretare l'annullamento della



procedura, dovendo il Comune concedere ai potenziali concorrenti un nuovo termine intero per l'approntamento dei plichi recanti le offerte.

Peraltro, il motivo appare infondato, visto che per gli appalti “sotto soglia” di servizi da aggiudicare a seguito di procedura aperta il termine minimo da concedere ai potenziali concorrenti per l'invio delle offerte è di quindici giorni (art. 124, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006), nella specie ampiamente rispettato. Al riguardo, seppure è vero che la norma del Codice dei contratti pubblici afferma che gli effetti giuridici connessi alla pubblicità decorrono dalla data della pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale (adempimento che nella specie non pare sia stato osservato dal Comune di Ostuni), è altrettanto vero che la ricorrente non ha formulato una specifica censura in tale senso, limitandosi a censurare la violazione di una norma (l'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006) inapplicabile nella presente fattispecie.

3.2. Risulta invece fondato il motivo con cui si deduce la violazione dell'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto non è oggetto di contestazione fra le parti il fatto che uno dei componenti della commissione di gara ricopre l'incarico di dirigente dell'U.T.C. di Ostuni e, in tale veste, ha svolto nell'ambito del medesimo procedimento compiti rilevanti, quali, ad esempio, la predisposizione e l'approvazione del progetto a base di gara (non rilevano invece i compiti che il medesimo funzionario svolgerà in sede di esecuzione del contratto, in quanto si tratta di evento futuro e incerto, che non incide sulla legittimità della gara). Al riguardo, non è decisivo il fatto che il regolamento comunale sui contratti adottato dal Comune di Ostuni imponesse la presenza nella commissione di gara del responsabile del settore interessato dall'appalto, in quanto la norma comunale - approvata fra l'altro nel 1991- non può derogare in parte qua al principio generale fissato dall'art. 84 (e già presente, per gli appalti di LL.PP., nell'art. 21, comma 5,

della legge n. 109/1994), e ciò in base al disposto di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 163/2006 (nella parte non incisa dalla sentenza della Consulta n. 401 del 2007).

Né la disposizione del Codice dei contratti pubblici potrebbe eventualmente essere disapplicata dal giudice di merito per contrasto con il diritto comunitario o sottoposta all'esame della Corte di Giustizia CE ex art. 234 del Trattato, in quanto:

- la presente gara è “sotto soglia” e, nonostante la giurisprudenza comunitaria (seguita ormai anche da quella nazionale) affermi che numerose regole e principi sanciti per gli appalti di rilievo comunitario sono applicabili anche a quelli “sotto soglia” (vedasi al riguardo, per tutte, la recentissima sentenza della Corte di Giustizia CE 15 maggio 2008, in causa C-148/06, nonché la Comunicazione interpretativa della Commissione CE 1° agosto 2006), fra questi principi non ve ne è uno che osti ad una norma quale quella dell'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006;

- in effetti, la disposizione in commento pone una regola che attiene, lato sensu, all'organizzazione amministrativa ed essa, fra l'altro, non incide in alcun modo sui valori tutelati dal diritto comunitario degli appalti (concorrenza e parità di accesso alle procedure ad evidenza pubblica), per cui l'ambito di rilevanza è esclusivamente interno allo Stato membro;

- diverso è infatti il caso dell'altra regola, analoga a quella dell'art. 84, comma 4, secondo cui “Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di

progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti” (art. 90, comma 8, del Codice dei contratti pubblici). Come rilevato da questo Tribunale nella sentenza n. 4592/2007, la Corte di Giustizia, nella sentenza 3.3.2005, Fabricom, ha affermato che le direttive comunitarie sugli appalti e la Direttiva 89/665/CEE ostano ad una normativa nazionale “...con cui non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un’offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l’esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza...” e ad una norma o prassi nazionale in forza delle quali “... l’ente aggiudicatore possa negare, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un’offerta, da parte dell’impresa che sia vincolata ad una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in tal senso dall’ente aggiudicatore, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali...” (pertanto, in caso di violazione del divieto di che trattasi, la stazione appaltante, prima di procedere all’esclusione del concorrente, deve accertare che il soggetto investito dell’attività di progettazione o, nel caso degli appalti di servizi e fornitura, della stesura del capitolato tecnico, che abbia poi preso parte alla gara, abbia tratto un ingiusto vantaggio dalla previa conoscenza dell’oggetto dell’appalto o, addirittura, che abbia “confezionato su misura” il progetto da porre a base di gara per l’impresa in cui è in qualche modo -come dirigente, socio, direttore tecnico e così via- cointeressato). Ma ciò è del tutto

comprensibile, in quanto la regola di cui all'art. 90, comma 8, intercetta proprio uno di quei valori fondamentali del diritto comunitario degli appalti, per cui la sua compatibilità con tali valori ben può (e deve) essere esaminata dal Giudice comunitario o direttamente dal giudice nazionale, che può disapplicarla.

In base a quanto precede, si deve concludere nel senso che la q.l.c. dell'art. 84, comma 4, è rilevante nel presente giudizio e che la risoluzione della questione non può che essere affidata alla Corte Costituzionale.

3.3. Per ciò che concerne la non manifesta infondatezza, il Tribunale ritiene che la norma confligga sia con l'art. 76 che con l'art. 97 Cost.

Giova anzitutto ricordare che l'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 ha un antecedente prossimo nell'art. 21, comma 5, della L. n. 109/1994, il che impone un rapido excursus storico, dal quale si possano desumere le ragioni per cui il legislatore del 1994 ha introdotto la regola in questione.

Come è universalmente noto, la c.d. legge Merloni è stata elaborata, nella sua versione originaria, in un momento storico-politico particolare, caratterizzato dall'emersione di uno scenario di corruttela e di "malaffare" (le cui proporzioni forse non erano immaginabili dall'opinione pubblica), che naturalmente si era manifestato con particolare virulenza proprio nel settore degli appalti di lavori pubblici. Di qui la reazione del legislatore, che con la prima legge Merloni introdusse delle regole particolarmente stringenti, le quali peraltro non entrarono subito in vigore (per effetto di un differimento operato dal legislatore subito dopo la promulgazione della legge quadro) e furono in seguito in parte "diluite" con le successive novelle di cui alle leggi n. 415/1998 e n. 166/2002 ed al D.Lgs. n. 190/2002. Uno degli aspetti critici era stato individuato proprio nell'operato delle commissioni di gara, ed in particolare nella prassi per cui alcuni funzionari pubblici risultavano spesso prescelti a far parte di tali organi, in assenza di criteri organizzativi trasparenti ed oggettivi, il che, allorquando la gara d'appalto diveniva

oggetto di indagine da parte della magistratura penale o di quella contabile, poteva dare luogo al sospetto che i componenti della commissione di gara fossero stati prescelti al fine di indirizzare in qualche modo l'esito della procedura verso l'aggiudicazione in favore di un determinato concorrente (la qual cosa, ovviamente, assumeva maggiore rilievo nel caso di appalti aggiudicati da enti pubblici aventi sede in regioni italiane ad alta densità mafiosa o camorristica, in quanto in questo caso l'eventuale corruzione del funzionario era aggravata dal favoreggiamento dell'attività delle organizzazioni malavitose operanti nel territorio). Pertanto, il legislatore ha introdotto alcune regole basilari, ed in particolare quella oggetto del presente giudizio. Peraltro, mentre le regole del sorteggio e dell'obbligo di rotazione periodica dei commissari rispondono in pieno all'esigenza preventiva di cui si è detto, la regola dell'incompatibilità fra attività endoprocedimentale e incarico di commissario di gara, nella sua absolutezza, non appare proporzionata rispetto al fine perseguito.

In effetti, prevedere sic et simpliciter che il funzionario il quale abbia svolto nel corso della medesima procedura compiti inerenti, ad esempio, la progettazione e/o la predisposizione e/o l'approvazione del bando di gara non possa far parte della commissione incaricata di valutare le offerte, senza prevedere alcun correttivo, costituisce misura troppo radicale, che può dar luogo all'annullamento della procedura anche laddove non ci sia alcun pericolo per la regolarità del procedimento.

Inoltre, allorché l'appalto sia aggiudicato da un ente di ridotte dimensioni, possono sorgere problemi organizzativi rilevanti, essendo numerosi i casi di Comuni in cui è presente un solo funzionario competente nella materia a cui si riferisce l'appalto che possa presiedere o fare parte della commissione. Ciò è tanto vero che la giurisprudenza amministrativa, pur nel vigore dell'originario art. 21 della L. n. 109/1994 (il quale, come si è visto, sanciva l'incompatibilità per tutti i

membri della commissione, ivi incluso il presidente, che avessero svolto in precedenza compiti del tipo di quelli summenzionati), nel caso di appalti indetti da enti locali, ha interpretato la disposizione alla luce della norma di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000, che affida ai dirigenti la responsabilità delle procedure di gara, ritenendo legittimo il fatto che il dirigente del settore interessato all'appalto presieda la commissione (ex plurimis, Cons. Stato, V, n. 5142/2004). Pur avendo recepito tale orientamento giurisprudenziale, l'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 ha però confermato per il resto la regola dell'incompatibilità, senza alcuna eccezione.

Questa regola, però, nella sua assolutezza, non è adeguata al fine, in quanto può impedire (come nel caso di specie) che della commissione faccia parte il funzionario responsabile del settore a cui si riferisce l'appalto, il quale, tuttavia, è quello maggiormente in grado di valutare le offerte dal punto di vista tecnico. In effetti, nella presente vicenda, visto che i regolamenti comunali di Ostuni affidano la presidenza delle commissioni di gara al dirigente del Settore appalti e contratti (la qual cosa è del tutto logica e opportuna), il dirigente dell'UTC – cioè il soggetto su cui ricadrà la responsabilità dirigenziale in caso di cattiva esecuzione dell'appalto – non può far parte della commissione.

Tra l'altro, non si può nemmeno ritenere che la regola in discussione obbedisca ad un'esigenza di prevenzione di comportamenti vietati dall'ordinamento, in quanto il fatto che un funzionario pubblico rediga o approvi un progetto posto a base di una gara ad evidenza pubblica e poi, in veste di commissario di gara, valuti le offerte pervenute relativamente a quel progetto non implica di per sé alcun rischio di inquinamento dell'obiettività di giudizio (e questo è a dirsi soprattutto nel caso di appalti da aggiudicare con il sistema del prezzo più basso, ossia con un sistema c.d. meccanico).

Di qui l'ipotizzato contrasto con l'art. 97 Cost.

Per quanto concerne, invece, la possibile violazione dell'art. 76 Cost., si tratta evidentemente di un vizio da attribuire in parte anche alla legge delega (n. 62/2005), in base alla quale è stato redatto il D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, si evidenzia che:

- l'art. 25 della L. n. 62/2005, come è noto, si è limitato a prevedere, per quanto di interesse nel presente giudizio, che “1. Il Governo è delegato ad adottare, con le modalità di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea;

b) semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici...”;

- il legislatore delegato, dando un'interpretazione estremamente lata alla nozione di “unico testo” utilizzata dal Parlamento, ha esteso anche agli appalti di servizi una regola che era prevista solo per gli appalti di lavori pubblici, ma senza che a ciò fosse stato specificamente autorizzato (né a tanto autorizzava l'art. 5 della stessa L. n. 62/2005 – nella parte in cui dispone che “1. Il Governo è delegato ad adottare, con le modalità di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 1, entro il termine di diciotto

mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, testi unici delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le norme legislative vigenti nelle stesse materie, apportando le sole modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa. 2. I testi unici di cui al comma 1 riguardano materie o settori omogenei. Fermo restando quanto disposto al comma 5, le disposizioni contenute nei testi unici non possono essere abrogate, derogate, sospese o comunque modificate, se non in modo esplicito mediante l'indicazione puntuale delle disposizioni da abrogare, derogare, sospendere o modificare” – norma che peraltro non è richiamata nel preambolo del D.Lgs. n. 163/2006);

- non può nemmeno sostenersi che le regole previste dalla L. n. 109/1994 siano di per sé prevalenti su quelle recate dal D.Lgs. n. 358/1992 o dal D.Lgs. n. 157/1995 (che non contenevano disposizione analoghe a quella per cui è causa). E poiché in altri casi il Legislatore delegato del 2006 ha utilizzato un criterio metodologico diverso (vedasi la differente disciplina recata, rispettivamente, dagli artt. 122 e 124 circa la pubblicità delle gare sotto soglia di lavori pubblici e di servizi e forniture), ne consegue la possibile violazione dell'art. 76 Cost.

4. Riassumendo, il Tribunale dubita della legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, per contrasto con gli artt. 76 e 97 Cost.>> (T.a.r. Lecce, III, Ord. n. 1787 del 16.6.08).

B) Alla richiamata ordinanza del T.a.r. seguiva, quindi, la pronuncia della Corte Costituzionale, la quale peraltro, con ordinanza n. 81/09, osservava quanto segue:

<<Considerato che il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti



pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), per violazione degli artt. 76 e 97 della Costituzione; che secondo la norma censurata <<i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta>>; che tale questione, sollevata in un giudizio avente ad oggetto una procedura di gara indetta dal Comune di Ostuni per l'aggiudicazione di un appalto di <<servizi a supporto dell'istituenda Area protetta delle dune di "Lido Morelli">>, è manifestamente inammissibile per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza della questione stessa sotto due concorrenti profili; che, in relazione ad un primo aspetto, deve, preliminarmente, rilevarsi come la ricorrente nel giudizio a quo abbia impugnato, tra l'altro, con il ricorso introduttivo, il provvedimento di sua esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara e con il ricorso per motivi aggiunti l'atto di aggiudicazione dell'appalto alla società controinteressata; che il giudice a quo, come correttamente rilevato dall'Avvocatura generale dello Stato, non motiva in ordine alla tempestività della proposizione dei motivi aggiunti, nella parte in cui deducono, tra l'altro, la illegittimità della composizione della commissione, in base a quanto disposto dalla norma ora censurata; che, in particolare, il remittente avrebbe dovuto indicare le ragioni che depongono a favore della tempestività dei suddetti motivi aggiunti, atteso che, di regola, la composizione della commissione è nota alle parti sin dalla fase di presentazione delle offerte e dunque, con ogni verosimiglianza, già al momento della proposizione del ricorso introduttivo; che, sotto l'indicato profilo, assume anche significativo rilievo la circostanza, riportata nell'ordinanza di remissione, che la partecipazione alla commissione del dirigente dell'ufficio tecnico è prevista dall'art. 6 del regolamento del Comune di

Ostuni, sicché la conoscenza del dato relativo alla composizione della commissione aggiudicatrice dell'appalto e comunque la partecipazione a tale commissione del dirigente in questione, in base a criteri di ordinaria diligenza, non poteva non essere nota fin dall'inizio della procedura di gara;

che, in ogni caso, il giudice remittente avrebbe dovuto porsi il problema della tempestività della proposizione del ricorso per motivi aggiunti e motivare adeguatamente in ordine ad essa, mentre nulla di tutto ciò si rinviene nell'ordinanza di rimessione a questa Corte;

che, in relazione ad un secondo e concorrente aspetto, il T.a.r. non motiva in relazione agli effetti che l'eventuale accoglimento della questione potrebbe, in ipotesi, comportare sulla prosecuzione del giudizio;

che, infatti, un eventuale annullamento degli atti impugnati, in ragione della illegittima composizione della commissione di aggiudicazione dell'appalto, lascerebbe ferma l'attività amministrativa posta in essere fino alla nomina della commissione, con conseguente rinnovazione parziale della procedura concorsuale da parte della stazione appaltante;

che da ciò conseguirebbe che la commissione, pur diversamente formata, nell'esaminare nuovamente le originarie domande di partecipazione, dovrebbe comunque escludere l'offerta presentata dalla ricorrente nel giudizio a quo, atteso che a tale offerta, come riconosciuto dal medesimo rimettente, non era stata allegata la documentazione attestante il <<deposito cauzionale provvisorio>> e che tale inosservanza determina l'esclusione dalla gara;

che, comunque, il giudice remittente avrebbe dovuto dare adeguata motivazione di tale profilo pregiudiziale, anche con riferimento alla circostanza secondo la quale l'art. 21 octies, secondo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), nel testo modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (Modifiche

ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa), stabilisce che non assume rilievo l'invalidità di atti vincolati quando <<sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato>>, come nel caso di specie; che, anche qualora si ritenga, come rilevato dal giudice a quo, che all'annullamento dei provvedimenti impugnati non possa, di fatto, seguire la rinnovazione della procedura di gara in ragione dell'avvenuta <<consegna dei lavori>> al controinteressato vincitore della gara, ugualmente il T.a.r. avrebbe dovuto motivare in ordine alla rilevanza della questione ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, tenuto conto, in particolare, come si è già precisato, che comunque la società non avrebbe potuto partecipare alla procedura concorsuale per effetto della mancata produzione nel termine fissato di un documento essenziale per tale partecipazione; che, in definitiva, tali carenze motivazionali impediscono a questa Corte di vagliare l'effettiva sussistenza del requisito della rilevanza, con la conseguente manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata>> (C. Cost. Ord. n. 81 del 20.3.09).

C) Così esaminato il contenuto della decisione del Giudice delle leggi il T.a.r. -della stessa prendendo atto, condivise e richiamate le considerazioni espresse quale parte integrante di questa motivazione- ritiene dunque che il ricorso proposto dalla RICORRENTE s.r.l. sia infondato e vada respinto.

In disparte la questione della tempestività dei motivi aggiunti, difatti, pure sollevata dalla Corte Costituzionale, va osservato che la ricorrente correttamente veniva esclusa dalla procedura per non avere allegato alla domanda di partecipazione e all'offerta una serie di documenti richiesti dal bando a pena di esclusione, e, fra questi, il deposito cauzionale provvisorio (che la ditta istante ha costituito in data 26 settembre 2007, ossia dopo l'espletamento della gara), come già scritto

elemento essenziale dell'offerta, da presentarsi in sede di gara (non essendo normalmente ammissibile una regolarizzazione postuma dell'adempimento).

Né risultava fondato l'altro motivo di ricorso, finalizzato al travolgimento integrale della gara, con cui si deduceva la violazione del termine minimo per la presentazione delle offerte previsto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006: si richiama, sul punto, quanto già osservato dal T.a.r. con l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

Ancora deve richiamarsi, quindi, il passaggio motivazionale in cui la Corte rilevava che “un eventuale annullamento degli atti impugnati, in ragione della illegittima composizione della commissione di aggiudicazione dell'appalto, lascerebbe ferma l'attività amministrativa posta in essere fino alla nomina della commissione, con conseguente rinnovazione parziale della procedura concorsuale da parte della stazione appaltante”: circostanza che la Corte riteneva vieppiù rilevante in ragione del disposto dell'art. 21 octies, secondo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce che non assume rilievo l'invalidità di atti vincolati quando <<sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato>> (come appunto nel caso di specie).

A ciò conseguirebbe, anche secondo la Corte, che “la commissione, pur diversamente formata, nell'esaminare nuovamente le originarie domande di partecipazione, dovrebbe comunque escludere l'offerta presentata dalla ricorrente nel giudizio a quo”.

A quanto fin qui esposto deve solo aggiungersi che l'esclusione della RICORRENTE neppure era inficiata dalla circostanza di essere stata deliberata da una commissione di cui faceva parte il R.U.P., posto che trattavasi di attività di mero accertamento -di una carenza documentale- e non di attività valutativa, rispetto alla quale dunque il divieto di cui all'art. 84 non trovava applicazione. Lo stesso ,infatti,è previsto quanto alla composizione della commissione giudicatrice

nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cioè per l'ipotesi che la commissione sia chiamata a formulare valutazioni, valutazioni nella specie inesistenti.

D) L'infondatezza dei motivi dedotti comporta la reiezione sia del ricorso sia dell'azione risarcitoria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza di Lecce, respinge il ricorso n. 1505/07 indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 26 novembre 2009, con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Ettore Manca, Primo Referendario, Estensore

Patrizia Moro, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2010

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

IL SEGRETARIO