

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29334-sono-state-quindi-inammissibilmente-applicate-alla-gara-di-appalto-in-questione-in-particolare-quanto-alla-valutazione-dell-anomalia-delle-offerte-norme-non-previste-dalla-lex-specialis-cos-inevi>

Autore: Lazzini Sonia

Sono state quindi inammissibilmente applicate alla gara di appalto in questione, in particolare quanto alla valutazione dell'anomalia delle offerte, norme non previste dalla lex specialis, così inevitabilmente violandosi i fondamentali canoni di par conditi

C.St. 22.03.2010 n. 1652

Sono state quindi inammissibilmente applicate alla gara di appalto in questione, in particolare quanto alla valutazione dell'anomalia delle offerte, norme non previste dalla *lex specialis*, così inevitabilmente violandosi i fondamentali canoni di par condicio e di affidamento dei concorrenti sui presupposti di diritto da considerare per la formulazione delle offerte.

Allo stato, tuttavia, alla declaratoria di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione non può conseguire automaticamente l'accoglimento della domanda risarcitoria.

Quest'ultima, infatti, presuppone la certezza che la società appellante sarebbe stata aggiudicataria dell'appalto, circostanza che è stata meramente dedotta e non provata e che, in ogni caso, presuppone la ripetizione, peraltro ormai solo virtuale, del procedimento di gara da parte dell'amministrazione, ivi compresa la fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, da compiersi evidentemente sulla scorta delle sole previsioni contenute nel bando di gara

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, da cui la Sezione non ritiene di doversi discostare, le prescrizioni contenute nella "*lex specialis*" della gara vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (ex pluribus, C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750; 29 gennaio 2009, n. 498; 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300; sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297).

Infatti, com'è stato ripetutamente sottolineato, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che se solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti, d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 della Costituzione (C.d.S., sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644). Il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della gara, quindi deve essere sempre applicato, anche dalla commissione, che riveste la qualità di organo straordinario e temporaneo, di natura tecnica, dell'amministrazione appaltante, non potendo quest'ultima giammai procedere alla disapplicazione delle norme della gara (C.d.S., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2423); sia pur con riferimento ad un concorso a pubblico impiego, è stato anche evidenziato che sono inapplicabili al bando di

concorso, quale *lex specialis* della procedura concorsuale, le disposizioni normative sopravvenute non solo con riguardo all'ammissione dei candidati, alla valutazione dei titoli, allo svolgimento di concorso e alle votazioni, ma anche alle sedi poste a concorso (C.d.S., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5405).

Sulla scorta di principi la Sezione è dell'avviso che nel caso di specie, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, l'amministrazione, e per essa la commissione di gara, non poteva modificare nel corso della procedura di gara le puntuali previsioni nel bando, con particolare riferimento alla individuazione delle eventuali offerte anomale.

Non è infatti contestato che, benché il bando di asta pubblica e le prescrizioni di gara (nota prot. 35743 del 2 novembre 1998) prevedessero espressamente che l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'impresa che avesse formulato la migliore offerta in ribasso, determinata secondo i criteri di cui all'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modifiche ed integrazioni, tenuto conto dei vigenti criteri e del decreto del Ministero dei lavori pubblici in data 18 dicembre 1997 in tema di individuazione del limite di anomalia delle offerte, la commissione di gara, come si ricava dalla lettura del verbale delle operazioni di gara in data 21 dicembre 1998, ha invece proceduto all'aggiudicazione della gara "secondo il criterio di cui all'art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, così come modificata dal DL. 3 aprile 1995, n. 101 convertito in Legge 2 giugno 1995, n. 216 quale risulta dall'art. 7 della citata Legge n. 415/98".

Sono state quindi inammissibilmente applicate alla gara di appalto in questione, in particolare quanto alla valutazione dell'anomalia delle offerte, norme non previste dalla *lex specialis*, così inevitabilmente violandosi i fondamentali canoni di par condicio e di affidamento dei concorrenti sui presupposti di diritto da considerare per la formulazione delle offerte.

Al riguardo, anche a voler ammettere che lo *jus superveniens* contenesse una disciplina maggiormente idonea a salvaguardare l'interesse pubblico, così come sostenuto dai giudici di primo grado, in mancanza di una espressa norma che, in deroga al principio generale della irretroattività della legge, ne consentisse la immediata applicazione anche alle procedure di appalto in corso, l'amministrazione avrebbe dovuto arrestare la procedura di gara, annullare il bando e procedere alla pubblicazione di un nuovo bando per poter applicare le nuove disposizioni, solo in questo modo essendo rispettati gli altrettanto fondamentali principi di legalità, oltre che di imparzialità e buona andamento predicati dall'articolo 97 della Costituzione.

Le precedenti osservazioni, alla stregua delle quali deve essere pertanto annullato il provvedimento con il quale l'amministrazione ha aggiudicato l'appalto di cui si discute alla società Controinteressata S.p.A., non sono incise dalla eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per l'asserita acquiescenza che la s.r.l. Ricorrente avrebbe prestato al mutamento delle regole di gara. In particolare l'Amministrazione e la controinteressata rilevano che un rappresentante legale della società era presente alle operazioni concorsuali, in cui il presidente della commissione di gara aveva comunicato che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata alla stregua della normativa sopravvenuta. Detto rappresentante, sottolineano le controparti, non aveva formulato alcuna obiezione ed anzi unitamente ai legali rappresentanti di altre concorrenti aveva sottoscritto una dichiarazione "attestando e confermando la totale e completa regolarità delle operazioni svolte dalla Commissione di gara".

Tali circostanze non sembrano utili a configurare la dedotta acquiescenza.

Va condiviso in proposito l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui dalla mancata presentazione di un reclamo da parte del rappresentante di una ditta il quale ha assistito alle operazioni di gara per il conferimento di un pubblico appalto, non può desumersi alcuna forma di acquiescenza, dovendosi ricondurre l'interesse a censurare atti tipicamente endoprocedimentali all'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura di gara (cfr. sul punto C.S., V, 3 settembre 2001, n. 4586 e VI, 6 luglio 2006, n. 4292). Per la sua genericità e per la sua sostanziale equivalenza ad una rinuncia a far valere in sede amministrativa eventuali vizi procedimentali, non assume valore di acquiescenza la dichiarazione resa dai rappresentanti legali delle concorrenti in corso di seduta..

In sede giurisdizionale, quindi, a prescindere da ogni altra considerazione, risulta ammissibile e determinante il rilievo che il mutamento delle regole procedurali, come si è accennato, era inammissibile ed illegittimo.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1652 del 22 marzo 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01652/2010 REG.DEC.
N. 06604/2000 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6604 del 2000, proposto da:
S.R.L. RICORRENTE, in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avv. Ennio Mazzocco e Luca R. Perfetti, con domicilio
eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Ippolito Nievo, n. 61 Sc.D;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA OSPEDALE DI CIRCOLO DI BUSTO
ARSIZIO, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dagli avv. Aurelio Cacace e Camillo Orlando, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Carlo Marzano in Roma, via Sabotino, n. 45;

nei confronti di

S.P.A. CONTROINTERESSATA COSTRUZIONI EDILI, in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto Beretta e

Raffaele Ferola, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Barnaba Oriani, n. 85;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA – MILANO, Sez. III, n. 3122 del 28 aprile 2000, resa tra le parti, concernente APPALTO LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE E AMPLIAMENTO REPARTO OSPEDALIERO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo di Busto Arsizio e della S.P.A. Controinteressata Costruzioni Edili;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° dicembre 2009 il consigliere Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Mazzocco, Marzano, per delega di Cacace, e Sorrentino, per delega di Ferola;

Visto il dispositivo di decisione n. 796 del 3 dicembre 2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La società Ricorrente s.r.l., che aveva partecipato alla gara indetta in data 23 ottobre 1998 dall'Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo di Busto Arsizio per l'appalto dei lavori di ristrutturazione e ampliamento del padiglione di infettivologia, con ricorso giurisdizionale notificato il 15 gennaio 1999 chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto stesso ed il relativo risarcimento del danno.

L'impugnativa era affidata a tre motivi di censura, rubricati rispettivamente "violazione di legge ex art. 21 legge 109/94 e succ. mod. ed integrazioni. Contrasti

con il bando di gara” (primo motivo); “violazione di legge ex art. 3 legge 241/90. Contrasto con i principi in tema di autotutela” (secondo motivo) e “eccesso di potere per ingiustizia manifesta” (terzo motivo).

In sintesi, la ricorrente lamentava che, sebbene nel bando di gara fosse stato stabilito che l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'impresa che avesse formulato la migliore offerta in ribasso determinata secondo i criteri di cui all'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni ed integrazioni, tenendo conto dei vigenti criteri in tema di individuazione del limite di anomalia delle offerte, l'amministrazione aveva invece inopinatamente applicato la normativa sopravvenuta in corso di gara costituita dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, modificando illegittimamente la *lex specialis* di gara addirittura dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione ed alterando quindi le stesse regole in relazione alle quali i concorrenti avevano formulato le proprie offerte.

L'adito tribunale, sez. III, con sentenza n. 3122 del 28 aprile 2000, nella resistenza dell'amministrazione ospedaliera e della aggiudicataria Controinteressata Costruzioni Edili S.p.A., respingeva il ricorso, ritenendo infondate le censure sollevate.

Secondo il tribunale, infatti, mentre il tenore letterale della clausola del bando invocata dalla ricorrente (in cui si faceva riferimento, quanto alla valutazione dell'anomalia delle offerte, ai criteri “vigenti”) non assurgeva ad elemento decisivo ai fini della soluzione della controversia, elementi decisivi ai fini della legittimità dell'operato dell'amministrazione si riscontravano sia nel fatto che con lo *jus superveniens* era stato introdotto un sistema di calcolo dell'anomalia delle offerte ritenuto dal legislatore maggiormente rispondente all'interesse pubblico rispetto a quello precedentemente in vigore e per ciò stesso immediatamente applicabile, sia nella considerazione che l'introduzione delle nuove modalità di calcolo

dell'anomalia delle offerte non avevano in alcun modo alterato la *par condicio* e le aspettative dei concorrenti, tanto più che non costituiva argomento giuridicamente rilevante la deduzione secondo cui le offerte erano state formulate in ragione degli elementi di valutazione dell'anomalia indicati nel bando (trattandosi di circostanza neppure meritevole di tutela in quanto attinente ad elementi non funzionali all'individuazione dell'offerta più conveniente per l'amministrazione e comunque estranei, se non antitetici, ai tipici parametri individuali).

La società Ricorrente s.r.l., con rituale e tempestivo atto di appello, ha chiesto la riforma di tale sentenza, riproponendo sostanzialmente i motivi di censura sollevati in prime cure, a suo avviso erroneamente apprezzati ed ingiustamente respinti, con motivazione inadeguata ed insufficiente, insistendo altresì per il risarcimento del danno subito, stimato in un miliardo di lire ovvero nella diversa somma ritenuta giusta, oltre interesse e rivalutazione, da determinarsi anche a mezzo di c.t.u. o di verifica.

Hanno resistito al gravame sia l'amministrazione ospedaliera che la controinteressata Controinteressata Costruzioni Edili S.p.A., deducendo innanzitutto l'inammissibilità del ricorso di primo grado, per l'acquiescenza prestata dalla ricorrente al provvedimento impugnato, nonché l'infondatezza nel merito, anche con riguardo alla pretesa risarcitoria, per la quale – in ogni caso – non sussisteva il necessario presupposto dell'elemento psicologico della colpa.

Con puntuali memorie tutte le parti hanno ribadito le proprie rispettive tesi difensive.

DIRITTO

I. L'appello è fondato e deve essere accolto, nei sensi e nei limiti appresso indicati.

I.1. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, da cui la Sezione non ritiene di doversi discostare, le prescrizioni contenute nella "*lex specialis*" della gara vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva,

perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (*ex pluribus*, C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750; 29 gennaio 2009, n. 498; 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300; sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297).

Infatti, com'è stato ripetutamente sottolineato, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che se solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti, d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 della Costituzione (C.d.S., sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

Il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della gara, quindi deve essere sempre applicato, anche dalla commissione, che riveste la qualità di organo straordinario e temporaneo, di natura tecnica, dell'amministrazione appaltante, non potendo quest'ultima giammai procedere alla disapplicazione delle norme della gara (C.d.S., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2423); sia pur con riferimento ad un concorso a pubblico impiego, è stato anche evidenziato che sono inapplicabili al bando di concorso, quale *lex specialis* della procedura concorsuale, le disposizioni normative sopravvenute non solo con riguardo all'ammissione dei candidati, alla valutazione dei titoli, allo svolgimento di concorso e alle votazioni, ma anche alle sedi poste a concorso (C.d.S., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5405).

I.2. Sulla scorta di principi la Sezione è dell'avviso che nel caso di specie, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, l'amministrazione, e per essa la commissione di gara, non poteva modificare nel corso della procedura di gara le puntuali previsioni nel bando, con particolare riferimento alla individuazione delle eventuali offerte anomale.

Non è infatti contestato che, benché il bando di asta pubblica e le prescrizioni di gara (nota prot. 35743 del 2 novembre 1998) prevedessero espressamente che l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'impresa che avesse formulato la migliore offerta in ribasso, determinata secondo i criteri di cui all'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modifiche ed integrazioni, tenuto conto dei vigenti criteri e del decreto del Ministero dei lavori pubblici in data 18 dicembre 1997 in tema di individuazione del limite di anomalia delle offerte, la commissione di gara, come si ricava dalla lettura del verbale delle operazioni di gara in data 21 dicembre 1998, ha invece proceduto all'aggiudicazione della gara "secondo il criterio di cui all'art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, così come modificata dal DL. 3 aprile 1995, n. 101 convertito in Legge 2 giugno 1995, n. 216 quale risulta dall'art. 7 della citata Legge b. 415/98".

Sono state quindi inammissibilmente applicate alla gara di appalto in questione, in particolare quanto alla valutazione dell'anomalia delle offerte, norme non previste dalla *lex specialis*, così inevitabilmente violandosi i fondamentali canoni di *par condicio* e di affidamento dei concorrenti sui presupposti di diritto da considerare per la formulazione delle offerte .

Al riguardo, anche a voler ammettere che lo *jus superveniens* contenesse una disciplina maggiormente idonea a salvaguardare l'interesse pubblico, così come sostenuto dai giudici di primo grado, in mancanza di una espressa norma che, in deroga al principio generale della irretroattività della legge, ne consentisse la immediata applicazione anche alle procedure di appalto in corso, l'amministrazione

avrebbe dovuto arrestare la procedura di gara, annullare il bando e procedere alla pubblicazione di un nuovo bando per poter applicare le nuove disposizioni, solo in questo modo essendo rispettati gli altrettanto fondamentali principi di legalità, oltre che di imparzialità e buona andamento predicati dall'articolo 97 della Costituzione.

Le precedenti osservazioni, alla stregua delle quali deve essere pertanto annullato il provvedimento con il quale l'amministrazione ha aggiudicato l'appalto di cui si discute alla società Controinteressata S.p.A., non sono incise dalla eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per l'asserita acquiescenza che la s.r.l. Ricorrente avrebbe prestato al mutamento delle regole di gara. In particolare l'Amministrazione e la controinteressata rilevano che un rappresentante legale della società era presente alle operazioni concorsuali, in cui il presidente della commissione di gara aveva comunicato che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata alla stregua della normativa sopravvenuta. Detto rappresentante, sottolineano le controparti, non aveva formulato alcuna obiezione ed anzi unitamente ai legali rappresentanti di altre concorrenti aveva sottoscritto una dichiarazione *"attestando e confermando la totale e completa regolarità delle operazioni svolte dalla Commissione di gara"*.

Tali circostanze non sembrano utili a configurare la dedotta acquiescenza.

Va condiviso in proposito l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui dalla mancata presentazione di un reclamo da parte del rappresentante di una ditta il quale ha assistito alle operazioni di gara per il conferimento di un pubblico appalto, non può desumersi alcuna forma di acquiescenza, dovendosi ricondurre l'interesse a censurare atti tipicamente endoprocedimentali all'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura di gara (cfr. sul punto C.S.,V, 3 settembre 2001, n.4586 e VI, 6 luglio 2006, n. 4292). Per la sua genericità e per la sua sostanziale equivalenza ad una rinuncia a far valere in sede amministrativa eventuali vizi

procedimentali, non assume valore di acquiescenza la dichiarazione resa dai rappresentanti legali delle concorrenti in corso di seduta..

In sede giurisdizionale, quindi, a prescindere da ogni altra considerazione, risulta ammissibile e determinante il rilievo che il mutamento delle regole procedurali, come si è accennato, era inammissibile ed illegittimo.

I.3. Allo stato, tuttavia, alla declaratoria di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione non può conseguire automaticamente l'accoglimento della domanda risarcitoria.

Quest'ultima, infatti, presuppone la certezza che la società appellante sarebbe stata aggiudicataria dell'appalto, circostanza che è stata meramente dedotta e non provata e che, in ogni caso, presuppone la ripetizione, peraltro ormai solo virtuale, del procedimento di gara da parte dell'amministrazione, ivi compresa la fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, da compiersi evidentemente sulla scorta delle sole previsioni contenute nel bando di gara.

II. L'appello deve essere dunque accolto nei sensi indicati.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste solidalmente a carico delle parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla s.r.l. Ricorrente avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, n. 3122 del 28 aprile 2000, così provvede:

accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione;

condanna le parti appellate, in solido tra loro, al pagamento in favore della società appellante delle spese del doppio grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 5.000,00 (cinquemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione