



## **Le problematiche di una procedura ad evidenza pubblica**

(parte seconda)

*La celebrazione della gara.*

*Natura giuridica e composizione della commissione, i principi di pubblicità e di segretezza dell'offerta, la verbalizzazione delle sedute di gara*

*a cura di Francesco Armenante*

## Sommario

<b>1.1.</b>	<b>I profili di giustiziabilità del seggio di gara.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2</b>	<b>La giustiziabilità delle operazioni di gara per violazione del principio di pubblicità.....</b>	<b>11</b>
<b>1.3</b>	<b>Il principio di segretezza nelle attività di valutazione delle offerte tecniche.....</b>	<b>15</b>
<b>1.4</b>	<b>La celebrazione della gara e il rispetto del principio di continuità.....</b>	<b>16</b>
<b>1.5</b>	<b>I profili contenziosi della verbalizzazione delle sedute di gara.....</b>	<b>19</b>
<b>1.6</b>	<b>La sindacabilità della motivazione delle operazioni di gara.....</b>	<b>22</b>
<b>1.7</b>	<b>Rilievi pratici e considerazioni conclusive.....</b>	<b>29</b>

### ***1.1. I profili di giustiziabilità del seggio di gara***

La gestione di un procedimento di gara presenta aspetti particolarmente complessi e non sempre definibili in modo univoco.

L'entità del fenomeno è avallata dalla copiosa giurisprudenza pretoria che si rinviene in *subiecta materia*, relativa all'intera procedura di gara e alle singole fasi in cui essa, diacronicamente, può articolarsi.

Alcuni di tali orientamenti giurisprudenziali costituiscono, ora, diritto positivo, in virtù di apposite novelle normative; tuttavia, la mancanza di un chiaro paradigma normativo impone all'operatore di ricercare gli indirizzi ermeneutici offerti dal giudice amministrativo.

Del resto, non può revocarsi in dubbio che la giurisprudenza, quale diritto vivente, oltre ad integrare il dettato normativo, riveste un ruolo prevalente rispetto alle posizioni della giuspubblicistica.

Le argomentazioni di seguito svolte consentono di tracciare alcuni percorsi risolutivi delle problematiche più ricorrenti nelle procedure in esame.

La celebrazione della gara è demandata al c.d. seggio di gara, individuato secondo le regole ordinamentali di ogni singola stazione appaltante, nel rispetto, in ogni caso, del principio di separazione tra politica e gestione.

Tale organismo assume la veste collegiale qualora il criterio di selezione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tal fine, l'art. 84, comma 1, del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sancisce che *“Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento”*.

Si è precisato che, poiché la gara da aggiudicare 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, si è ritenuto che legittimamente le fasi amministrative vengono espletate in seduta pubblica dal R.U.P., atteso che questi, ai sensi dell'articolo 10, 2° comma, del d. lgs. n. 163/2006 *“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 R.U.P., ma composta da due tecnici<sup>1</sup>.

Nonostante una previsione normativa alquanto dettagliata, i lavori del seggio di gara hanno alimentato diverse criticità.

Un primo profilo problematico è stato rinvenuto nell’ipotesi in cui vi sia identità soggettiva tra chi presiede lo svolgimento delle operazioni di gara e chi abbia predisposto ed emanato il bando, ovvero abbia svolto altre attività nell’ambito della medesima procedura.

Di tale sospettata “incompatibilità” si occupa una specifica disposizione della normativa di settore (*id est*: l’art. 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici), secondo la quale i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere un’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto da affidare<sup>2</sup>.

Richiamando tale disposizione si è statuito che non rispetta il principio di imparzialità la designazione, quale componente di una commissione, di un dirigente responsabile dell’area amministrativa dell’ente locale, nel caso in cui risulti che il dirigente sia stato in precedenza cointeressato nell’attività di affidamento del servizio appaltando, avendo predisposto lo schema del relativo contratto e la ripartizione in subcriteri del punteggio fissato dal bando di gara per la valutazione delle offerte<sup>3</sup>.

Sul medesimo crinale si pone la declaratoria di illegittimità di una commissione di gara di cui abbia fatto parte un soggetto che aveva prestato la propria attività nella fase

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470.

<sup>2</sup> Secondo il T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11 maggio 2010, n. 5944, la *ratio* dell’art. 84, del d. lgs. n. 163/2006 è quella di impedire, per ragioni di trasparenza e d’imparzialità, la presenza nella commissione esaminatrice di soggetti che abbiano svolto una qualsiasi attività in grado di interferire con il giudizio di merito sull’appalto. L’interferenza tecnica o amministrativa cui si riferisce la norma può essere, perciò, soltanto quella in grado di incidere, seriamente e concretamente, sul processo formativo della volontà che ha condotto alla valutazione delle offerte, potendone condizionare obiettivamente l’esito.

<sup>3</sup> T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 26 luglio 2007, n. 7016.

di predisposizione degli atti di gara nonché, nella fase successiva, in veste di "consulente esterno" della commissione e che non si era limitato a fornire un occasionale supporto tecnico *ab externo*, ma aveva contribuito pienamente alla formazione del processo decisionale ed alla conseguente assunzione delle determinazioni spettanti all'organo collegiale<sup>4</sup>; analogamente è stata ritenuta illegittima e viziante la partecipazione alla commissione di un soggetto che aveva provveduto, in sede di preparazione degli atti di gara, alla perizia di stima degli impianti e all'analisi economico-patrimoniale del servizio<sup>5</sup>.

In senso diverso, è stata ritenuta legittima la partecipazione alla commissione di gara di soggetti chiamati a svolgere funzioni di natura del tutto vincolata (quali ad esempio: presiedere al sopralluogo con i concorrenti; concordare con l'aggiudicataria la consegna delle apparecchiature; provvedere alla liquidazione delle fatture) e che, non coinvolgendo un interesse personale del funzionario, non sono suscettibili di alterare la regolare e imparziale esecuzione del contratto<sup>6</sup>.

Sempre per quanto concerne le modalità di nomina dei componenti, va richiamato quanto stabilisce il comma 2, dell'art. 84, in virtù del quale, la commissione giudicatrice è composta da un numero dispari di componenti (in numero massimo di cinque) "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'appalto".

In virtù dei successivi commi, il presidente deve essere di norma un dirigente della stazione appaltante, ovvero, in caso di mancanza in organico, un funzionario della medesima; gli altri componenti sono selezionati tra i funzionari della stessa stazione appaltante o, in presenza di determinate condizioni<sup>7</sup>, tra i funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2011, n. 1628.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2011, n. 4450.

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2011, n. 4168.

<sup>7</sup> Tali condizioni (oltre a quella della carenza nell'organico della stazione appaltante, da attestarsi da parte del responsabile del procedimento) sono enunciate e puntualizzate nel d.p.r. n. 207/2010, all'art. 120, comma 4 (relativo ai lavori) e all'art. 282, comma 2 (relativo agli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari).

rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dalla facoltà di appartenenza.

La norma individua una ben definita sfera di “esperti” nell'ambito della quale deve essere effettuata la scelta del “componente” esterno; trattasi di una qualificazione normativa *ex ante* in funzione di preventiva garanzia della competenza professionale e della terzietà del componente, la cui tassatività non lascia spazio ad ulteriori designazioni<sup>8</sup>.

Infine, sotto il profilo temporale, ai sensi del comma 10, del citato art. 84, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione di gara deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte<sup>9</sup>.

Nel ribadire la portata vincolante di tale paradigma si è statuita l'illegittimità dell'intera procedura di gara e del relativo provvedimento di aggiudicazione, nel caso in cui la stazione appaltante abbia posto in essere molteplici irregolarità, sostanziatesi *sia* nella violazione del principio di collegialità della commissione giudicatrice (in ragione della nomina di un organo monocratico), *sia* nella violazione dell'art. 84, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006 (essendo, detta nomina, avvenuta prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte), *sia*, in ultimo, nell'aver affidato la valutazione delle offerte economiche e tecniche a due diverse commissioni e non alla stessa commissione giudicatrice<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1830 (che ha riformato la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 5220/2009); su analoga problematica, il Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2011, n. 3479, ha ritenuto legittima una Commissione per l'affidamento dell'incarico del Piano degli interventi del Comune, presieduta dal Dirigente del settore urbanistica, dal vice-dirigente dell'Ufficio tecnico e da un impiego amministrativo dello stesso Ufficio.

<sup>9</sup> In proposito, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2738 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 29 aprile 2011, n. 808, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di una gara d'appalto, nel caso in cui la commissione sia stata nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle domande.

<sup>10</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 15 dicembre 2009, n. 5346.

In senso analogo concorrono ulteriori e recenti pronunce<sup>11</sup>.

Come detto, deve trattarsi di una commissione di esperti.

In altri termini, fatta eccezione per il presidente della commissione giudicatrice (che, come detto, può essere un dirigente della stazione appaltante o, in mancanza, un funzionario con posizione apicale nominato dall'organo competente, e quindi anche non appartenente a ruoli tecnici o specializzato nel settore), tutti gli altri componenti devono essere necessariamente muniti della qualificazione professionale nel particolare settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto (non rilevando eventuali personali esperienze dei singoli soggetti chiamati a comporre l'organo giudicante<sup>12</sup>).

In tema di composizione delle commissioni, l'art. 84, comma 8, è espressione del principio per cui i commissari devono essere "*periti peritorum*" della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio ed il possesso dei requisiti richiesti deve essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi devono formulare il loro giudizio<sup>13</sup>.

Anche sul punto è doverosa una precisazione.

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3312 e T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 21 aprile 2010, n. 1113.

<sup>12</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2009, n. 7353, di conferma della sentenza del T.A.R. Piemonte, n. 258/2008. Con tale decisione è stata ritenuta illegittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara volta all'affidamento di interventi per la messa in sicurezza di emergenza di un sito inquinato, composta dal responsabile dell'Ufficio tecnico comunale, con il diploma di geometra, dal Segretario comunale, laureato in legge, e dal Responsabile del servizio finanziario del comune, con diploma di ragioneria, nessuno dei quali, quindi, con una qualificazione professionale idonea alle valutazioni e alle scelte da effettuare in relazione all'oggetto dell'appalto, oggetto che comporta valutazioni di carattere prettamente tecnico sia sulla idoneità delle imprese concorrenti, per quanto concerne il personale e le attrezzature, sia sulle modalità da queste rappresentate di attuazione degli interventi necessari per eseguire l'appalto.

<sup>13</sup> Così Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2011, n. 1082. Con tale decisione si è ritenuta illegittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo, nel caso in cui il componente esterno di tale commissione non sia iscritto all'albo dei broker assicurativi, essendo stato solo ammesso alla prova di idoneità per l'iscrizione nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi dei relativi esami di Stato e rivesta il ruolo di collaboratore di un intermediario non iscritto nella sezione dei broker; in tal caso, infatti, la commissione giudicatrice deve ritenersi composta in violazione dell'art. 84, comma 2, in quanto la presenza del suddetto componente contrasta con l'interesse pubblico a che la funzione di esperto esterno sia svolta da soggetto in grado di esprimere una adeguata valutazione.



La commissione aggiudicatrice è tenuta ad affrontare e risolvere problemi di varia natura, anche giuridici e amministrativi.

Pertanto, una volta assicurata la prevalenza tecnica, la commissione può ritenersi legittimamente composta anche ove nel suo ambito sia prevista la presenza di un esperto anzitutto in procedure amministrative, qual è il segretario comunale, non estraneo, comunque, alle problematiche tecniche connesse all'esercizio di funzioni comunali (cfr. art. 97, comma 4, del d. lgs. n. 267/2000, a norma del quale il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività)<sup>14</sup>.

La norma prevede che le specifiche professionalità, necessarie ad effettuare le valutazioni delle offerte tecniche, debbano rintracciarsi all'interno della stessa commissione; quindi, non è consentito demandare sostanzialmente a soggetti esterni alla commissione di gara le valutazioni tecniche poste alla base della scelta e nemmeno di influire in qualche modo su di esse.

Alla luce di tale assunto si è ritenuto illegittimo l'operato di una commissione di gara che si sia avvalsa di "esperti" esterni alla commissione stessa per valutare l'offerta tecnica delle ditte partecipanti<sup>15</sup>.

Non può, invece, ritenersi illegittimo l'operato di una commissione di gara che si sia avvalsa di un consulente legale esterno, già incaricato di assistere la stazione appaltante in relazione al contenzioso in essere tra quest'ultima ed una ditta partecipante alla gara. Né tale circostanza può *ex se* determinare una situazione di incompatibilità, ove non sia stato fornito alcun elemento di prova al riguardo<sup>16</sup>.

Resta da precisare che nessuna norma impedisce nelle gare di appalto il cumulo di

---

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3967.

<sup>15</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 4 novembre 2010, n. 33183. Ha aggiunto la sentenza in rassegna che in ogni caso la scelta degli "esperti", anche qualora possano essere individuati all'esterno della commissione, non potrà mai essere effettuata dalla medesima commissione, in quanto la norma ne demanda l'individuazione all'organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8059. Secondo tale previsione contrasterebbe con il principio di imparzialità amministrativa affidare al soggetto che, nella stessa vicenda, ha già svolto la funzione di assistente legale contro uno dei concorrenti, anche la qualità di consulente per lo svolgimento della procedura di gara per l'aggiudicazione della concessione.



compiti, in capo alla stessa persona, delle funzioni di responsabile del procedimento e di presidente della commissione di gara ed anzi il comma 4, dell'art. 84, indirettamente, ne conferma la legittimità, prevedendo limiti solo per i commissari diversi dal presidente, non sussistendo incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento; per altro verso, l'approvazione degli atti della commissione non può essere ricompresa nella nozione di controllo, risolvendosi in una revisione interna e coesa del procedimento<sup>17</sup>.

In riferimento alla nomina di componenti "esterni" si è ritenuta illegittimamente costituita la commissione giudicatrice di una gara per l'affidamento di un appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui uno dei componenti esterni della commissione medesima sia stato nominato dalla pubblica amministrazione senza l'osservanza dei criteri imposti dal citato art. 84 e, in particolare, senza che la stazione appaltante abbia preventivamente inoltrato agli Ordini professionali e/o all'Università degli studi, specifica richiesta di indicazione delle "rose di candidati" da cui trarre il nominativo del componente esterno<sup>18</sup>.

Sempre in tema di composizione del seggio di gara, ci si è chiesti se la commissione rappresenti o meno un collegio perfetto, di modo che debba operare, necessariamente, con il *plenum* dei suoi componenti<sup>19</sup>.

La soluzione "intermedia" prospettata dalla giurisprudenza fa propria la tesi del collegio perfetto, ritenendo, tuttavia, possibile che alcune attività (quali quelle meramente vincolate, propedeutiche e/o esecutive) possano essere delegate ad uno solo dei componenti, restando riservata all'intero collegio l'attività decisoria e di valutazione.

---

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1830, cit.. Alla stregua del principio è stata ritenuta illegittima la composizione della commissione, atteso che la stazione appaltante aveva provveduto a nominare componente esterno, in qualità di esperto, un avvocato, senza richiedere preventivamente al competente ordine professionale l'indicazione della "rosa dei candidati".

<sup>19</sup> Secondo il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 novembre 2009, n. 10878, il criterio più sicuro per individuare, nel silenzio della legge, quando un organo collegiale debba ritenersi «perfetto» è quello che assegna tale connotazione al collegio per il quale, accanto ai componenti effettivi, sono previsti anche componenti supplenti.

Sul punto, si registrano plurime decisioni.

Si è sostenuto che la commissione costituisce un collegio perfetto e, pertanto, per la determinazione dei criteri di valutazione e di giudizio, nonché per le decisioni conclusive (fasi rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale) deve operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti<sup>20</sup>.

In tale contesto, la verifica della regolarità dei plichi e dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché le relative determinazioni di ammissione o di esclusione dei concorrenti, costituiscono attività di contenuto decisorio, che rientrano nei compiti della commissione, da svolgersi in composizione plenaria, nel rispetto del principio della collegialità perfetta; è, pertanto, illegittima la previsione di un bando che, in contrasto con l'art. 84, attribuisce il potere di escludere le ditte al presidente della commissione, anziché alla commissione nella sua collegialità<sup>21</sup>.

Costituisce un vizio tale da inficiare l'intera procedura di **gara** e renderne necessario il rinnovo "*ab initio*", l'effettuazione di alcune operazioni valutative senza la presenza di tutti i componenti della **commissione** e la rilevata obiettiva preclusione ad una riedizione "in sanatoria" delle sole operazioni irregolari; in realtà, la violazione del principio del "*collegio perfetto*" determina un'alterazione del processo di formazione della volontà collegiale, che ne invalida irreversibilmente i risultati<sup>22</sup>.

Parte della giurisprudenza<sup>23</sup> ritiene delegabili, ad un singolo componente, oltre alle attività istruttorie, preparatorie e vincolate, anche attività valutative, a condizione che il lavoro da questi svolto sia sottoposto alla "delibazione" dell'intera commissione.

Ad esempio, si è ritenuto legittimo l'operato della commissione di gara, nel caso in cui il Presidente, in assenza di un componente, ha dato lettura dei punteggi delle

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3386 e 2 febbraio 2004, n. 324; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 febbraio 2010, n. 1195.

<sup>21</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 febbraio 2010, n. 1195, cit..

<sup>22</sup> T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 27 marzo 2008, n. 170.

<sup>23</sup> T.A.R. Veneto, sez. I, 21 aprile 2004, n. 1145.

single offerte, svolgendo, cioè, un'attività priva di contenuti di discrezionalità<sup>24</sup>.

Resta da precisare che i poteri del seggio di gara si esauriscono soltanto con l'approvazione degli atti da parte degli organi amministrativi, ovvero con l'aggiudicazione definitiva; sicché, anteriormente a tale aggiudicazione, la commissione può riesaminare il procedimento espletato, anche riaprendo il procedimento, per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, ovvero al fine di verificare la correttezza dell'attività<sup>25</sup>.

Va, infine, ricordato che, a seguito della novella dell'articolo 83, del d. lgs. n. 163/2006 (relativo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>26</sup>), ad opera del d. lgs. n. 152/2008, risulta illegittimo l'operato di una commissione di gara, la quale, con una determinazione adottata prima dell'espletamento della gara, abbia introdotto parametri di valutazione ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla *lex specialis*<sup>27</sup>.

## ***1.2 La giustiziabilità delle operazioni di gara per violazione del principio di pubblicità***

Una volta insediatisi, il seggio di gara deve operare osservando il principio di pubblicità (ovvero celebrando le operazioni in seduta pubblica) e quello di continuità delle operazioni di gara (concentrandole in un'unica seduta o in sedute omogenee immediatamente successive).

A tal fine, il Regolamento di esecuzione e attuazione del codice (d.p.r. n. 207/2010), all'art. 117 (rubricato "sedute di gara"), richiamato espressamente dall'ultimo comma dell'art. 283 del medesimo Regolamento (relativo alla selezione delle offerte per i contratti di servizi e forniture nei settori ordinari), prescrive che nel bando di gara o nella lettera di invito devono essere stabiliti il giorno e l'ora della prima

---

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354.

<sup>26</sup> In proposito si rinvia anche a quanto stabiliscono l'art. 120 e l'art. 283 del Regolamento di attuazione ed esecuzione del codice (d.p.r. n. 207/2010).

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 810.

seduta pubblica di gara.

In tale ipotesi non si impone alcuna ulteriore comunicazione alle imprese concorrenti né una formale convocazione per la prima seduta di gara.

Tale comunicazione, invece, risulta doverosa nel caso in cui vengano fissate altre sedute della commissione, senza una preventiva determinazione della data.

Il successivo art. 119 del citato Regolamento (al comma 6) stabilisce che l'autorità che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti, contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio, dopodiché legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale<sup>28</sup>.

Entrambi i principi assumono carattere vincolante, dovendo essere applicati a prescindere dallo loro previsione nel bando di gara.

In altre parole, il principio di pubblicità delle sedute di gara trova immediata applicazione in ogni tipo di gara, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della *lex specialis*, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura<sup>29</sup>.

Ne consegue che la violazione del principio di pubblicità non può che comportare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara<sup>30</sup>.

L'effetto invalidante che deriva dalla loro omessa applicazione rende superfluo qualsiasi supporto probatorio a carico di chi ne censuri la violazione, giacché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente tale violazione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ovvero l'alterazione dei plichi), unicamente verificabile attraverso il rispetto della formalità (*id est*: l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

---

<sup>28</sup> Il principio della seduta pubblica è richiamato anche da altre disposizioni del Regolamento di esecuzione del codice, come ad esempio, l'art. 265, comma 7, e l'art. 283, comma 3.

<sup>29</sup> T.A.R. Toscana, sez. I, 3 febbraio 2010, n. 184.

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2011, n. 4806, secondo cui la violazione di tale principio integra un vizio del procedimento che comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara.

Il principio della pubblicità è, senz'altro, inderogabile in ogni tipo di gara (compreso l'appalto concorso e il cottimo fiduciario<sup>31</sup>), almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura.

Non risulterebbe legittimo, cioè, l'operato della commissione nel caso in cui abbia effettuato in seduta pubblica solo l'apertura delle buste contenenti la documentazione, per poi procedere, dopo aver dichiarato chiusa la seduta pubblica, all'apertura delle buste contenenti le offerte, dovendosi invece procedere anche a tale adempimento in seduta pubblica.

La portata del principio della pubblicità delle operazioni di gara varia, soprattutto, in funzione del fatto che si tratti di procedure di aggiudicazione automatica ovvero di procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale, per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione, sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici.

Per le prime (in cui trova applicazione il criterio del prezzo più basso), la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare.

Per le seconde (per le quali trova applicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), occorre tener presente che a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che deve essere effettuata in seduta riservata per evitare influenze esterne ed improprie circolazioni di informazioni.

Sulla portata di tale principio si segnalano diversi interventi giustiziali.

---

<sup>31</sup> E' stata ritenuta illegittima l'aggiudicazione di una procedura negoziata, mediante cottimo fiduciario, di un incarico professionale di studio, nel caso in cui le operazioni di gara si siano svolte in un'unica seduta non pubblica; infatti, il principio di pubblicità delle operazioni di gara - che risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni stesse - opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata, quindi anche in relazione ai cottimi fiduciari (T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 212).

Si è precisato che la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara determina *ex se* un vizio della procedura, non occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto trattasi di un adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto)<sup>32</sup>.

Dello stesso tenore è altra decisione<sup>33</sup>, secondo cui determina l'illegittimità degli atti la circostanza che il seggio di gara, dopo avere esaminato la regolarità della documentazione in pubblica seduta, abbia successivamente e in separata sede (nella specie, a seguito del riconoscimento di un errore materiale verificatosi) proceduto all'apertura di una busta contenente l'offerta economica presentata da una ditta, senza che, alle relative operazioni, sia stato invitato alcun concorrente.

Per le stesse ragioni si è ritenuta illegittima la riammissione a gara di una ditta (originariamente esclusa per non aver prodotto un documento prescritto), a seguito della riapertura della gara e del rinvenimento del documento mancante, nel caso in cui detta riapertura sia avvenuta in seduta non pubblica e senza aver fornito prova dell'adeguata conservazione degli atti di gara<sup>34</sup>.

Non vi è unanimità di interpretazioni, invece, in ordine al rispetto del principio di pubblicità anche per l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica.

All'orientamento che ritiene vincolante il principio in esame per le sole fasi dell'apertura della documentazione amministrativa e dell'offerta economica<sup>35</sup>, si

---

<sup>32</sup> Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427.

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354, cit..

<sup>35</sup> Si è ritenuto (Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470, cit.) che tale principio sia derogabile dalla *lex specialis*, la quale, ove trattasi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere (oltre la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica), che tanto sia effettuato, per esigenze di economicità della procedura, previa

contrappone la posizione di chi sostiene l'inderogabilità del principio per tutte le fasi di verifica dell'integrità dei plichi<sup>36</sup>.

Considerate le perplessità che suscitano entrambi gli orientamenti e la necessità di fornire indirizzi interpretativi unitari, la questione è stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza della V sez. del Consiglio di Stato, n. 2987 del 17 maggio 2011.

In sede di definizione di tale problematica, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che il principio di pubblicità trova applicazione anche con riguardo all'apertura delle offerte tecniche, posto che tale operazione, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della gara e, quindi, richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti nel procedimento<sup>37</sup>.

### ***1.3 Il principio di segretezza nelle attività di valutazione delle offerte tecniche***

A temperare la portata del principio di pubblicità concorre quello della segretezza dell'offerta (in ragione del quale la valutazione delle offerte tecniche deve avvenire in seduta riservata), richiamato da plurime disposizioni del d.p.r. n. 207/2010, precisamente:

- a) l'art. 120 (relativo alla selezione delle offerte negli appalti pubblici di lavori), il cui comma 2 prevede che la commissione valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei punteggi in una o più sedute segrete;
- b) l'art. 121 (relativo alle offerte anomale), per il quale quando si deve procedere alla verifica delle giustificazioni si chiude la seduta pubblica;

---

apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa. Secondo tale orientamento, 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.

<sup>36</sup> Cons. Stato, adunanza plenaria, 28 luglio 2011, n. 13.

<sup>37</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155.



- c) l'art. 283 (relativo alla selezione delle offerte negli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari), il cui comma 2 prevede che la valutazione delle offerte tecniche avvenga in una o più sedute riservate;
- d) l'art. 284 (relativo alle offerte anomale negli appalti di servizi e forniture), in cui si richiama espressamente il procedimento di cui all'art. 121.

In ogni caso, l'esame delle offerte tecniche deve sempre precedere la conoscenza di quelle economiche. Diversamente, la verifica delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché eventuale, inficia la regolarità della gara.

Anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse; è pertanto legittima l'esclusione dalla gara di appalto di una impresa che abbia inserito nel documento informatico dell'offerta tecnica il computo metrico estimativo corredato dai relativi prezzi, rendendo così esplicito, nell'ambito della documentazione di tipo tecnico, l'incidenza dei costi sull'offerta economica<sup>38</sup>.

#### ***1.4 La celebrazione della gara e il rispetto del principio di continuità***

Altro principio di portata generale, in tema di svolgimento delle procedure concorsuali, è quello di *continuità della gara*, la cui osservanza comporta la concentrazione delle operazioni in un'unica seduta o, al massimo, in poche sedute successive, per ragioni di celerità della procedura e per evitare, nelle more, alterazioni di equilibri e ruoli.

Al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute della commissione di gara devono ispirarsi al principio di

---

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6509.

concentrazione e di continuità.

In particolare, l'esame delle offerte tecniche ed economiche deve essere concentrato in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione.

Anche tale principio deve osservarsi a prescindere da una espressa previsione nel regolamento di gara.

Anche tale principio, tuttavia, è suscettibile di deroghe.

In special modo, ove si verificano circostanze impeditive alla concentrazione delle attività (derivanti da un numero elevato di proposte, dalla necessità di procedere alla loro regolarizzazione, dalla complessità delle operazioni da compiersi) è possibile derogare all'unicità della seduta ed aggiornare le operazioni a sedute immediatamente successive<sup>39</sup>.

In altre parole, il principio di continuità e di concentrazione della gara può essere eccezionalmente derogato nel caso del verificarsi di situazioni particolari, che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in un'unica seduta.

Tra queste possono annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare; in tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte.

In mancanza di tali obiettive condizioni devono ritenersi illegittime le operazioni di una gara di appalto nel caso in cui, in violazione del principio di continuità delle operazioni, sia intercorso un lungo ed inammissibile intervallo (di quaranta giorni) tra due sedute di gara (in cui la commissione ha proceduto all'apertura di tutte le offerte tecniche ed all'avvio del loro esame - nella prima - ed al completamento dell'esame ed all'attribuzione di tutti i punteggi - nella seconda) e nel caso in cui nessuna garanzia emerga dagli atti di gara in ordine alla conservazione dei plichi durante tale lungo lasso di tempo, tale da assicurarli da eventuali manomissioni, non essendovi traccia, nei

---

<sup>39</sup> Per una ipotesi legittima di deroga al citato principio, si veda T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 26 giugno 2003, n. 705.

verbali, della chiusura adeguata dei plichi ovvero del loro affidamento ad un soggetto responsabile della loro custodia, né, nel verbale di ripresa delle operazioni, della constatazione della loro integrità<sup>40</sup>.

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui risulti che i lavori della commissione giudicatrice si siano protratti per molto tempo (nella specie per circa quindici mesi, a volte con lunghi intervalli tra una seduta e l'altra) e sia stato dato atto, soltanto, che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti, durante i periodi di sospensione della gara, è stata custodita presso i locali dell'Ente, senza peraltro precisare se i plichi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) siano stati risigillati o comunque richiusi in modo adeguato, così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione e non sia stato neppure individuato un soggetto responsabile della custodia dei plichi o un consegnatario degli stessi; ciò urta con precisi obblighi a carico della commissione giudicatrice che deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche e deve farne esplicita menzione nel verbale di gara<sup>41</sup>.

Con la medesima decisione si è precisato che il principio affermato, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende dalla stessa *ratio* che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica, in quanto l'integrità dei plichi contenuti le offerte delle imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della *par condicio* di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi, consacrati dall'art. 97 Cost., di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> In termini, Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155, cit..

<sup>41</sup> Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203. Ha aggiunto la sez. V che l'illegittimità rilevata non poteva essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione di gara sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione e che, comunque, anche tale cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza della prova di sigillatura delle buste.

<sup>42</sup> Su tale problematica si registra un ulteriore arresto giurisprudenziale; in particolare si è ribadito che in materia di gare di appalto, nel caso in cui la valutazione delle offerte tecniche si sia svolta in più sedute, sono illegittime le operazioni di gara ove nei verbali non siano state indicate le operazioni relative alla chiusura e alla custodia dei plichi tra una seduta e l'altra e non sia stato indicato il soggetto responsabile della custodia dei plichi od un consegnatario degli stessi, anzi risulti provato che nessuna cautela idonea a garantire l'integrità e la perfetta

In senso analogo, sono stati ritenuti illegittimi gli atti e le operazioni di una procedura di gara, nel caso in cui nei verbali non siano state chiaramente indicate le concrete cautele osservate dalla commissione ai fini della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche<sup>43</sup>.

A temperare il rigore di tale interpretazione si è evidenziato che l'eventuale difetto di custodia delle buste contenenti le offerte per la partecipazione alla gara, dopo la loro apertura, va sostenuto da elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata in concreto la sottrazione o la sostituzione dei plichi, o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura; onde è da ritenere inammissibile la censura della mancata custodia, dopo l'apertura di dette buste, in difetto di elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata una conseguente sottrazione o la sostituzione dei plichi o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara<sup>44</sup>.

### ***1.5 I profili contenziosi della verbalizzazione delle sedute di gara***

Le operazioni di gara vengono riprodotte nel verbale, la cui natura di atto pubblico (facente fede fino a querela di falso) ne impone una redazione puntuale e circostanziata.

Il seggio di gara ha l'onere di un resoconto esplicito, sia pure sintetico, da riportare nel verbale relativo alle singole fasi in cui la stessa gara si è articolata, in modo da garantire l'individuazione delle ragioni dello sviluppo ed andamento della stessa, fino all'aggiudicazione finale. Ciò in applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità cui deve attenersi l'amministrazione nell'espletamento delle singole operazioni di gara, ivi compresa quella di ammissione delle imprese partecipanti.

L'importanza del verbale è comprovata dall'apposita disposizione dettata dal codice dei contratti, il cui art. 78 (relativo alle informazioni da riprodurre nei verbali) richiama puntuali ricostruzioni giurisprudenziali.

---

conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche sia stata adottata. In tal caso, infatti, la commissione non ha adempiuto al preciso obbligo di predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione dei plichi, di cui deve fare esplicita menzione nel verbale, a pena di illegittimità delle relative operazioni (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2011, n. 1617).

<sup>43</sup> Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2011, n. 3803.

La verbalizzazione costituisce lo strumento attraverso il quale un organo amministrativo (nella specie il seggio di gara) dà conto della propria attività, attraverso la fedele e puntuale rappresentazione delle operazioni compiute, onde consentire la verifica della correttezza delle attività di scrutinio, rifluendo la regolarità della procedura nella legittimità dell'atto conclusivo dei singoli subprocedimenti di cui si compone la gara, a cominciare dalla preliminare fase attinente l'accertamento della ritualità delle domande e del possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione dei partecipanti, fino al procedimento valutativo delle offerte ed alla aggiudicazione<sup>45</sup>.

Sotto l'aspetto contenutistico la verbalizzazione delle singole sedute deve necessariamente tener conto di tre circostanze e, segnatamente:

- a) l'articolazione e l'indicazione delle sedute (data, numero e orario)<sup>46</sup>;
- b) la regolare composizione dell'organo in ciascuna di esse;
- c) la sufficiente descrizione delle attività valutative compiute, e ciò in misura

direttamente proporzionale all'ampiezza della discrezionalità tecnica disponibile, anche al fine di verificare il rispetto del principio secondo cui in materia di gare d'appalto gli elementi di valutazione aventi carattere automatico (offerta economica) devono essere esaminati dopo gli elementi comportanti valutazioni discrezionali (offerta tecnica)<sup>47</sup>.

Del resto, la verbalizzazione delle sedute (ivi incluse quelle riservate) oltre a costituire la forma necessaria di tutti gli atti collegiali (che, in mancanza, non potrebbero dirsi giuridicamente esistenti), opera sul piano della prova e rappresenta una "tutela" anche per l'amministrazione procedente impedendo, a chi intenda contestarne le risultanze, di allegare - salvo l'esperimento vittorioso della querela di falso avanti al

---

<sup>44</sup> Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2010, n. 8224.

<sup>45</sup> T.A.R. Lazio, sez. I *bis*, 24 maggio 2004, n. 4854.

<sup>46</sup> Per una puntuale distinzione dei casi in cui le lacune dei verbali possano assumere effetto invalidante, anche in riferimento all'orario di inizio e di chiusura della seduta collegiale nonché per quanto concerne le modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte negli intervalli di tempo tra le varie sedute di gara, cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1094.

<sup>47</sup> In termini, T.A.R. Piemonte, sez. II, 14 aprile 2003, n. 598.

giudice ordinario - come non avvenuto un fatto positivamente documentato<sup>48</sup>.

In tale ottica, assume rilievo l'indicazione dei presenti, in special modo se trattasi di rappresentanti di una impresa, posto che, alla luce di alcuni pronunciati, tale presenza integra gli estremi della piena conoscenza degli atti che vengono ivi adottati, ai fini del decorso dei termini per l'impugnazione<sup>49</sup>.

Una puntualizzazione è doverosa.

Il verbale, pur essendo un atto pubblico che fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che costui attesta essere avvenuti in sua presenza, non fa fede delle valutazioni da lui compiute, né esclude la possibilità di errori in tali operazioni<sup>50</sup>.

Sotto l'aspetto propriamente redazionale si è detto che la verbalizzazione unica riferita a più sedute non è di per sé illegittima, a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi; in ogni caso, sul giudicante grava sempre l'obbligo di verificare, previo esame della fattispecie concreta, se la verbalizzazione unica e differita abbia determinato un *vulnus* apprezzabile degli interessi in gioco<sup>51</sup>.

Si è ritenuto legittimo il verbale di una gara di appalto che dava atto dell'avvenuta effettuazione delle operazioni di apertura dei plichi, ricomprendendovi anche la verifica della integrità dei plichi stessi, in quanto la sinteticità della formula utilizzata nel verbale, per descrivere lo svolgimento di tale attività, non è stata ritenuta idonea a viziare l'intera procedura di gara, non dovendo il seggio di gara verbalizzare in maniera

---

<sup>48</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166.

<sup>49</sup> Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1800, evidenzia che in tale ipotesi gli interessati hanno l'esatta cognizione degli elementi essenziali del provvedimento - autorità emanante, oggetto, effetti - sufficienti a fornire la consapevolezza dell'incidenza dell'atto nella loro sfera giuridica e della lesività dello stesso.

<sup>50</sup> Così, Cons. giust. amm. reg. siciliana, 13 giugno 2005, n. 353.

<sup>51</sup> Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2010, n. 1589. In senso conforme si è espresso anche il TAR Veneto, sez. I, 9 febbraio 2011, n. 220, che ha ritenuto legittimo l'accorpamento in un unico atto della verbalizzazione di varie sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara.

minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte<sup>52</sup>.

### ***1.6 La sindacabilità della motivazione delle operazioni di gara***

In tema di redazione del verbale si pone la questione relativa alla motivazione delle determinazioni assunte, in special modo quelle concernenti la valutazione delle proposte e l'utilizzabilità del punteggio numerico (quale formula sintetica ed equivalente di motivazione), adoperato nei sistemi di gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A contendersi il campo sono ben tre indirizzi giurisprudenziali.

a) Secondo un primo orientamento, è necessaria un'apposita motivazione per le valutazioni in sede di gara, attesa l'insufficienza di una mera valutazione numerica; si tratta di un orientamento sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado, propensa a rimarcare che il punteggio numerico costituisce esternazione del risultato e non già della motivazione del giudizio valutativo, mostrandosi inadeguato a porre il partecipante in condizioni di conoscere i motivi sottesi al giudizio di segno negativo, richiamando, a sostegno di tale opzione, l'art. 3, l. n. 241/1990. Né gioverebbe, secondo tale tesi, eccepire la natura non provvedimento dei giudizi valutativi, in quanto i provvedimenti finali dei procedimenti di selezione sono motivati con il solo richiamo agli atti del procedimento, sicché escludere l'obbligo di motivazione equivarrebbe ad espungere la motivazione dall'intero ambito dei procedimenti in esame.

b) Secondo un opposto orientamento (soprattutto dei giudici amministrativi di seconda istanza), l'onere della motivazione dei giudizi è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, che configura una formula sintetica, ma non per questo non eloquente, di esternazione della valutazione tecnica compiuta, peraltro asseritamente priva di valenza schiettamente provvedimento (secondo tale indirizzo ermeneutico, il punteggio alfanumerico è capace di esternare la valutazione tecnica compiuta dalla commissione e risponde ad evidenti finalità di economicità

---

<sup>52</sup> Cons. Stato, sez. V, n. 7470/2010, cit..



dell'attività amministrativa, assicurando la necessaria chiarezza dei giudizi compiuti dalle commissioni nell'esercizio di insindacabili apprezzamenti tecnici).

c) Secondo un orientamento intermedio, invece, il problema relativo alla possibilità di utilizzare il punteggio numerico in luogo della motivazione non può essere risolto in astratto, ma deve essere risolto in concreto e con specifico riferimento ai criteri di massima, risultando sufficiente soltanto ove questi ultimi siano predeterminati rigidamente e insufficiente nel caso in cui si risolvano in espressioni generiche<sup>53</sup>.

Di recente si è sostenuta la legittimità dei giudizi espressi in forma numerica considerato che la *lex specialis* prevedeva una congrua griglia di criteri e sub criteri di valutazione, suddividendo il punteggio complessivo in punteggi parziali, riflettenti diversi parametri tecnici, con una previsione idonea a limitare la discrezionalità della commissione di gara in relazione alla valutazione qualitativa delle offerte e, quindi, a suffragare adeguatamente la motivazione dei giudizi qualitativi, tradotta in punteggi numerici<sup>54</sup>.

Tale problematica può ritenersi superata a seguito della già citata modifica all'art. 83, comma 4, del codice, operata dal d. lgs. n. 152/2008, in virtù della quale è stato espunto (dal dettato normativo) il potere della commissione di gara di specificare e dettagliare i criteri di valutazione.

---

<sup>53</sup> Alla stregua del principio, il Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5899, ha sancito che in una pubblica gara, il punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo quando i criteri di valutazione siano estremamente dettagliati; nel caso, invece, in cui manchino dei criteri specifici di valutazione, deve ritenersi illegittima l'attribuzione di un mero punteggio numerico alle componenti dell'offerta, senza una ulteriore motivazione specifica. Sul medesimo crinale, si veda anche Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1790, alla cui stregua, nel caso di applicazione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il solo punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione quando i criteri di valutazione siano estremamente dettagliati. In senso conforme, di recente, Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2010 n. 8410, nella fase di valutazione delle offerte da parte di una commissione di gara, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitica da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico in applicazione di puntuali criteri predeterminati, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito.

<sup>54</sup> Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1094, cit..

Alla stregua della citata novella, i criteri e i subcriteri di valutazione delle offerte devono essere dettagliatamente specificati nella *lex specialis* della procedura, con la conseguenza che il punteggio da attribuirsi va ad essi ancorato.

E', pertanto, illegittima la procedura di una gara di appalto nel caso in cui, in violazione dell'art. 83, comma 4, del codice dei contratti, i criteri di valutazione delle offerte non siano stati dettagliatamente indicati nel bando e la commissione di gara abbia dovuto integrare - con più dettagliati sottocriteri (e corrispondenti sottopunteggi) - la generica ripartizione del punteggio complessivamente previsto nella *lex specialis*<sup>55</sup>.

In ogni caso, a prescindere dall'orientamento cui si aderisca, non soddisfa l'obbligo di motivazione addurre argomentazioni generiche ed apodittiche, risultando preclusa, in tal caso, una valutazione *ab externo* delle ragioni argomentative seguite dalla commissione di gara.

In tale ottica risulterebbe illegittima l'esclusione di un concorrente che richiami in modo generico e apodittico il bando di gara, senza specificare la supposta ragione espulsiva.

\*\*\*\*\*

Di maggior rilievo è la problematica circa la motivazione in sede di giudizio sull'anomalia delle offerte.

La verifica delle offerte anomale si estrinseca in un *sub*-procedimento formalmente distinto rispetto a quello ad evidenza pubblica diretto all'aggiudicazione, anche se ad esso collegato<sup>56</sup>.

In tale sede, è necessario che la commissione di gara fornisca una plausibile e convincente motivazione in ordine all'effettuata verifica degli elementi forniti dall'impresa a supporto della propria offerta; ciò proprio al fine di limitare il più possibile e riportare nei confini della legalità quell'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante; tale discrezionalità, altrimenti, rischierebbe di trasmodare in determinazioni ermetiche e perciò soggettive, arbitrarie e potenzialmente clientelari.

---

<sup>55</sup> Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7256.

<sup>56</sup> Secondo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, ord. 5 maggio 2011, n. 739, al cottimo fiduciario sono applicabili i principi propri del codice dei contratti pubblici in materia di verifica dell'anomalia delle offerte.

Con la precisazione che il giudizio di anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica ove si concluda in senso negativo; in caso, invece, di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente anche una motivazione espressa "*per relationem*" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate<sup>57</sup>.

Va avvertito, ancora, che la valutazione dell'anomalia non si limita all'elemento prezzo, ma è rivolta anche agli elementi qualitativi dell'offerta, nonché al rapporto tra le due componenti, in presenza di un significativo scarto tra ridotto prezzo offerto ed elevato standard qualitativo delle prestazioni<sup>58</sup>.

Norme di dettaglio del procedimento di verifica delle offerte anomale e di valutazione delle giustificazioni si rinvencono nel Regolamento di esecuzione del codice (d.p.r. n. 207/2010), i cui artt. 121 e 284 riguardano le offerte anomale negli appalti, rispettivamente, di lavori e di servizi e forniture, con differenziazioni sia in relazione all'importo, sia in relazione al criterio di selezione delle offerte.

Sulla scorta di tali premesse, può puntualizzarsi anche il contenuto del sindacato giustiziale.

E' stato ritenuto illegittimo il giudizio di anomalia di un'offerta senza la valutazione dell'offerta complessiva e senza la considerazione dell'incidenza sulla

---

<sup>57</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7759. Negli stessi termini si esprime la decisione del Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2011, n. 1925, ove si precisa che il giudizio che conclude il sub-procedimento di verifica delle offerte anomale costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme. Conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; invece, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente.

<sup>58</sup> Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2010, n. 4434; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090.

valutazione stessa degli elementi non ritenuti adeguatamente giustificati<sup>59</sup>. Ciò in quanto il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospettata di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale della pubblica amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto<sup>60</sup>.

Tale assunto gode dell'avallo normativo posto che, come evidenziato, la verifica delle offerte sospettate di essere anomale, alla stregua dei parametri di riscontro di cui agli artt. 87 e 88 del d. lgs. n. 163/2006, va svolta con valutazione globale, previa attendibilità dell'analisi dei prezzi redatta dall'offerente<sup>61</sup>.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, il giudizio relativo alla congruità di un'offerta anomala costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione appaltante, come tale non sindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano inficiate sotto i profili della manifesta illogicità ed irragionevolezza ovvero dal travisamento dei fatti<sup>62</sup>.

Vuol dirsi che, a seguito della verifica dell'anomalia delle offerte, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, a causa dei

---

<sup>59</sup> Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4837, secondo cui, in sede di verifica dell'anomalia, occorre che il giudizio sia congruamente e dettagliatamente motivato, dando conto dell'esame di tutti gli elementi dell'offerta e delle ragioni di attendibilità o meno dei singoli elementi nell'insieme.

<sup>60</sup> Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2010, n. 1589, cit..

<sup>61</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2010, n. 7631.

<sup>62</sup> In termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 31 marzo 2011, n. 1888, in cui si puntualizza che il sindacato, in tale materia, del giudice amministrativo si compendia nell'accertare se il potere della stazione appaltante sia stato esercitato mediante l'utilizzo di regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e se dunque le valutazioni tecniche siano attendibili, non potendo consistere nell'integrale ripetizione delle operazioni.

dubbi circa l'idoneità dell'offerta (insidiata da indici strutturali di carente affidabilità) a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico.

Risulta, pertanto, legittimo il giudizio di anomalia espresso dalla pubblica amministrazione in sede di verifica delle offerte nel caso in cui risulti che il prezzo offerto non avrebbe superato il solo costo della manodopera e non sia stata fornita dal concorrente alcuna prova che gli operai addetti al servizio, al momento dello svolgimento della gara, fossero in possesso dei requisiti necessari (requisito di iscrizione, come disoccupati, da almeno due anni presso il competente Centro dell'impiego e quello del reddito annuale da lavoro, inferiore al limite degli 8.000,00 euro) per poter godere degli sgravi contributivi previsti dalla legge n. 407 del 1990<sup>63</sup>.

Allo stesso modo si è ritenuta legittima l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, motivata con riferimento all'anomalia e/o all'incongruità dell'offerta presentata dalla stessa, nel caso in cui tale ditta abbia dichiarato (applicando conseguentemente i relativi minori costi) di voler prendere in considerazione, per il trattamento economico dei propri dipendenti, durante il corso dell'espletamento dell'appalto, i dati di un contratto collettivo nazionale di lavoro diverso da quello relativo al settore di attività oggetto dell'appalto (inapplicabile al medesimo appalto), di gran lunga economicamente più favorevole all'impresa, in quanto comportante costi del personale meno onerosi<sup>64</sup>.

Posto che il subprocedimento di verifica dell'anomalia non è vincolato a formalità, ferma restando la immodificabilità dell'offerta nel suo complessivo importo economico, non si può escludere la possibilità che nel corso di tale subprocedimento sia modificata la prospettazione delle giustificazioni relative alle varie componenti del prezzo; deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in

---

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5638.

<sup>64</sup> Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2010, n. 5820.

relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo da sostenere per altre voci<sup>65</sup>.

In altre parole, nell'ambito del subprocedimento di verifica delle offerte anomale, deve ritenersi consentito:

a) la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate;

b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

Viceversa, quello che non può essere consentito è che vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di finanza creativa priva di obiettive giustificazioni, al solo scopo di "far quadrare i conti" ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo.

Sotto il profilo delle competenze, in sede di verifica delle offerte anomale, il R.U.P. non è competente ad esprimere un giudizio definitivo sul carattere o meno anomalo delle offerte, a nulla rilevando che tale giudizio sia stato seguito dalla presa d'atto da parte della commissione di gara; il R.U.P. può dare pareri d'ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara, ma non può esprimere il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte allorché sia stata costituita un'apposita commissione valutatrice<sup>66</sup>.

Ne deriva che sono illegittime le valutazioni espresse dal R.U.P., poi fatte proprie dalla commissione valutatrice della gara con una semplice presa d'atto (che non risulta avere effettuato alcuna autonoma valutazione), con le quali è stato escluso, a seguito di apposita verifica, che l'offerta dell'impresa aggiudicataria fosse affetta da anomalia.

Infine, per quanto concerne l'ambito di applicazione della verifica delle offerte

---

<sup>65</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759. Nella specie, si è riconosciuto che il maggior importo di alcune voci del costo della manodopera rispetto a quello indicato dall'impresa potesse essere compensato dal maggior risparmio conseguito sul prezzo dei contratti di fornitura.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584; in senso conforme, Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332.



anomale, si è autorevolmente precisato che (alla luce della previsione “facoltizzante”, di cui all’art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006) resta salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano ciò non di meno sospette<sup>67</sup>.

### ***1.7 Rilievi pratici e considerazioni conclusive***

Un ulteriore suggerimento - anch’esso di tecnica “redazionale” - attiene al tracciato obbligo di motivazione.

Le determinazioni assunte dal seggio di gara, riportate sia nei verbali che in separati provvedimenti, necessitano di un’adeguata descrizione del propedeutico *iter* logico-giuridico.

L’utilizzo di espressioni generiche ed apodittiche alimenta inevitabili contenziosi da parte del soggetto destinatario.

Anche il mero richiamo di una clausola del bando potrebbe non risultare soddisfacente qualora siano ivi previste plurime condizioni o requisiti; allo stesso modo potrebbe risultare insufficiente un rinvio agli atti di gara (motivazione *per relationem*) ove questi si presentino, a loro volta, privi di un adeguato supporto motivazionale.

Proprio per la valenza assunta dal verbale, nonché per gli interessi (particolarmente sensibili e significativi) coinvolti nella procedura in esame, si avverte la necessità di esternare le ragioni della decisione mediante un chiaro richiamo delle circostanze di fatto scrutinate e delle prescrizioni (sia normative che del bando) applicate per la decisione assunta.

Vale ricordarlo.

La motivazione segue la discrezionalità.

Di fronte a circostanze inconfutabili o a scelte meccaniche (come un calcolo matematico), non v’è ragione di soffermarsi su profili sottratti a qualsiasi apprezzamento discrezionale; diversamente, in caso di scelte connotate da un esteso ambito valutativo, si impongono argomentazioni congrue e diffuse.

---

<sup>67</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4489.



Bisogna rendere comprensibile la decisione, anche richiamando i principi generali operanti in *subiecta materia*.

Le suesposte considerazioni riverberano effetti positivi anche sulla celebrazione della gara.

Le difficoltà più insidiose sono da ascrivere alle continue interruzioni delle operazioni svolte dal seggio di gara, spesso da ricondurre alla necessità di verificare se un'offerta è ammissibile o meno.

Non vi è dubbio che plurime interruzioni favoriscono, in modo esponenziale, contestazioni sulle decisioni assunte e sulle garanzie formali e procedurali da rispettare.

Potrebbero generarsi perplessità sulle modalità di conservazione dei plichi (che risultano indispensabili per evitare improprie manipolazioni) e su quelle di riapertura della gara, così come sulle forme di comunicazione ai concorrenti, onde garantire la pubblicità delle operazioni svolte.

Come è stato ampiamente evidenziato, infatti, i principi di pubblicità e continuità della gara (seppure non richiamate nel bando) assumono un valore insopprimibile, essendo posti a tutela, non solo della parità di trattamento, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed alla imparzialità dell'azione amministrativa.

Ne consegue l'illegittimità dell'intera procedura qualora alcune delle operazioni siano svolte in seduta segreta, anche a prescindere dalla prova di una specifica irregolarità. La portata stringente di tali principi consiglia di evitare improprie interruzioni o rinvii delle operazioni, cercando di concentrarle in un'unica seduta o in più sedute ravvicinate.

Ma, soprattutto, sono da evitare interruzioni o sospensioni dovute ad accertamenti e verifiche sulla regolarità di un'offerta, dipendenti, come già ampiamente dedotto, da clausole del bando ambigue o incoerenti.

Di non secondaria importanza è il ruolo rivestito dal preposto alla gara.

La sua sensibilità dovrà essere attenta, da un lato, a garantire un'ampia partecipazione delle imprese (così soddisfacendo il preminente interesse pubblico), dall'altro, a preservare parità di condizioni tra i concorrenti.

Il primo aspetto risulta preponderante in presenza di previsioni ambigue o di lacune nella *lex specialis*; la *par condicio*, invece, è orientante in caso di formalità chiare, con contestuale regime sanzionatorio.

Resta da osservare che nei varchi aperti da clausole generiche o da criteri di valutazione elastici spesso si annidano le insidie di turbative e sviamenti, che potrebbero condurre a configurare ipotesi delittuose.

Preziosa, in proposito, potrebbe risultare la casistica elaborata dalla stessa stazione appaltante e relativa alle questioni già affrontate e definite in precedenti e analoghe procedure, posto che alcune anomalie sono riconducibili anche al “contesto ambientale”.

Cosicché l’elaborazione di una banca dati interna, accessibile da parte dei soggetti di volta in volta incaricati di presiedere le procedure in esame, potrebbe rappresentare un valido ausilio per evitare il ripetersi di simili problematiche o per ricercare un indirizzo ermeneutico-risolutivo.

In sintesi, al fine di sottrarsi a possibili contestazioni (anche da parte di magistrature inquirenti), all’operatore si richiede di prestare particolare attenzione alla predisposizione del regolamento di gara, mediante un’accurata ricerca ed analisi degli indirizzi interpretativi forniti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonché avvalendosi, ove possibile, dell’eventuale (e opportuna) casistica elaborata sulla scorta dei “precedenti”, che hanno visto protagonista la medesima stazione appaltante.