

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

N. 1544/2012 Reg. Prov. Coll. N. 1806 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1806 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Patrizia Kivel Mazuy, con domicilio eletto in Napoli, viale Gramsci, n. 10;

contro

Comune di Marigliano, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Mautone, con domicilio eletto presso Avv. Jossa in Napoli, via De Gasperi, n. 55;

nei confronti di

Soc. A. Coop. Sociale;

per l'annullamento

con ricorso originario:

- dell'esclusione della gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani e ai diversamente abili, residenti nel territorio del Comune di Marigliano, comunicato con nota prot. 7299 del 9 marzo 2010 e di tutti gli atti connessi;

con motivi aggiunti:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva conosciuto in data 27 maggio 2010 al momento della comunicazione del contratto; di tutti gli atti connessi, ivi compresi, i verbali di gara e l'articolo 9 del Capitolato Speciale di Appalto nella parte in cui ha fissato i criteri e i sottocriteri per l'aggiudicazione del servizio;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 25 maggio 2010 con la società A. soc. coop..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Marigliano;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2012 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

L'istituto di riabilitazione ricorrente impugna l'esclusione dalla gara, indetta dal Comune di Marigliano, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani e ai diversamente abili, residenti nel territorio, sostenendo l'illegittimità della preclusione alla partecipazione agli enti con scopo di profitto.

Ammessa con riserva in sede cautelare, con ordinanza n. 1010 del 2010, con motivi aggiunti censura l'ulteriore svolgimento della gara, conclusasi con l'aggiudicazione in favore della cooperativa A..

I ricorrenti hanno insistito con memoria per l'accoglimento del gravame.

Alla pubblica udienza del 7 marzo 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

### DIRITTO

Va preliminarmente evidenziato che in sede di udienza parte ricorrente ha dichiarato di non avere più interesse alla richiesta di accesso agli atti del procedimento di gara, formulata nel corso del giudizio.

Nel merito, la non ammissione del istituto C. alla successiva fase della gara per cui è causa è stata disposta dalla commissione di gara, in quanto "non rientra fra i soggetti ammessi alla gara previsti all'art. 5 del Bando di gara".

L'articolo 5 richiamato consente la partecipazione alla procedura di affidamento agli organismi del terzo settore (l. 328 del 2000 e d.P.C.M. 30 marzo 2001), ma anche ai soggetti che posseggono, quali requisiti minimi, lo statuto, l'oggetto sociale o le tavole di fondazione corrispondenti o congruenti all'oggetto del capitolato e con le finalità della legge 328 del 2000.

Sia la legge evocata che la  
*lex specialis*

di gara non introducono un espresso divieto a carico di soggetti aventi scopo di lucro. D'altra parte va considerato che la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di una attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione.

Pertanto, anche in una prospettiva comunitaria, non può ricavarsi una netta separazione, ai fini della partecipazione all'affidamento di commesse pubbliche, fra enti economici in senso stretto ed enti di altra natura.

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

A conferma della inesistenza, nel caso di specie, di tale divieto, che essendo limitativo della concorrenza dovrebbe essere espresso ed univoco, il bando di gara ammette la partecipazione a tutti quei soggetti, come il ricorrente, muniti di oggetto sociale congruente con le finalità della legge 328 del 2000.

In ogni caso, finanche ove rimanga un residuo dubbio in ordine alla ammissibilità della partecipazione dell'istituto di riabilitazione alla gara, deve farsi applicazione del principio del *favor participationis*, corollario del principio di massima concorrenza, con conseguente illegittimità della esclusione impugnata.

Con un secondo motivo C. contesta l'articolo 6, paragrafo 4, del bando nella parte in cui prevede che l'offerta economica non possa essere superiore al 5% dell'importo a base d'asta, asserendo che una interpretazione testuale della disposizione avrebbe il paradossale effetto di vincolare le offerte ad un massimo di 5.750 euro (ovvero il 5% della base d'asta fissata in 115.000 euro).

Il motivo è specioso. E' evidente che la clausola va interpretata con ragionevolezza, nel senso che le offerte non possono prevedere un aumento del 5% ulteriore rispetto all'importo a base d'asta fissato.

Con motivi aggiunti il ricorrente denuncia la violazione dei principi che regolano lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica e che impongono la segretezza delle offerte economiche finché non sono valutate tutte le offerte e la contestualità dell'esame delle stesse.

Giova evidenziare che nel caso di specie l'esame dell'offerta presentata dal ricorrente discende da un preciso ordine giurisdizionale (l'ordinanza cautelare di ammissione con riserva) allorché le altre offerte erano già state oggetto di valutazione.

Con decisione resa dalla Sezione su questo specifico punto (Tar Napoli, I, sent. n. 2730 del 2009), da cui non vi sono motivi per discostarsi, il Collegio ha già ritenuto che l'operato della commissione di gara sia legittimo e attuativo del precetto giurisdizionale.

In giurisprudenza si è ammessa la possibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte, osservando che il principio di segretezza dell'offerta economica non costituisce un valore assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati dall'ordinamento giuridico, tenendo conto, congiuntamente, del principio di conservazione degli atti giuridici e del canone di buona amministrazione ed in primo luogo del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, oltre che dei criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione (C.d.S., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4834; C.d.S., sez. VI, 1 ottobre 2004, n. 6457; C.d.S., sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 683).

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

In particolare, nelle più recenti espressioni di questa tesi (C.d.S., sez. VI, nn. 683/05 e 6457/04 citt.) si è affermato che quando le offerte sono ormai cristallizzate è possibile apprezzarle nuovamente senza violare la

*par condicio*

, che è il valore protetto dal principio di segretezza delle offerte, e che i condizionamenti del giudizio della commissione di gara sono evitabili mediante l'analiticità della motivazione e la compiutezza della verbalizzazione alle quali essa è chiamata nel rinnovare il giudizio, superando in tal modo il problema della contestualità del giudizio comparativo (che aveva indotto, nella decisione n. 4834/04 cit., a rimarcare piuttosto la specificità del caso concreto, in cui illegittimamente la valutazione delle offerte era stata compiuta da commissione in composizione incompleta; senza chiarire però perché solo nel caso di annullamento di una esclusione illegittima la valutazione dell'offerta esclusa sarebbe oggettivamente condizionata dalla avvenuta attribuzione del punteggio alle altre offerte e non anche nel caso di annullamento degli atti della fase di valutazione stessa delle offerte).

A ciò possono aggiungersi ulteriori considerazioni.

Una volta conosciuto il contenuto delle offerte presentate, anche la rinnovazione della gara a partire dalla stessa presentazione delle offerte non vale a ripristinare lo status quo ante e, di per sé sola, non basta a ristabilire la

*par condicio*

tra le imprese concorrenti. Non ripristina lo status quo ante, perché la conoscenza ormai delle proposte tecniche ed economiche altrui costringe le imprese a presentare offerte riparametrate sui competitori prima ancora che sul bando di gara e, quindi, avvantaggia di fatto le imprese di maggiori dimensioni che ancora dispongono di margini di utile o capacità tecnica per rimodulare adeguatamente la propria offerta, rispetto a quelle che già avevano compiuto il loro massimo sforzo; non ristabilisce di per sé sola la

*par condicio*

, perché questa necessita che nessun concorrente disponga di un vantaggio competitivo, quale sarebbe quello che, paradossalmente, finirebbe per avere proprio il concorrente escluso se la stazione appaltante non avesse l'accortezza, prima di ripetere la gara, di aprire e rendere pubblica anche la sua offerta perché anche di essa tutti i concorrenti abbiano contezza.

Quanto al pericolo di pre-giudizi che sarebbe insito nella conoscenza delle offerte economiche degli altri concorrenti, che in tesi potrebbe orientare (giacché di questo, in definitiva, si tratta) l'azione della commissione di gara in sede di valutazione dell'offerta originariamente esclusa, occorre dire che, mentre il mutamento di giudizi già espressi per le altre offerte tecniche ben potrebbe essere apprezzato, sul piano del diritto amministrativo che qui solo interessa, come indice di sviamento di potere, in ogni caso all'atto della valutazione dell'offerta tecnica del concorrente riammesso in gara la commissione, oltre ad essere tenuta ad un ancor più stringente obbligo di motivazione, non è ancora a conoscenza del contenuto della relativa offerta economica, sicché non dispone di tutti gli elementi che determineranno la graduatoria finale.

Va, infine, notato che il pericolo del pre-giudizio non impedisce alla giurisprudenza di riconoscere la rinnovabilità del giudizio di anomalia dell'offerta riscontrato illegittimo e, in diverso

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

settore, di consentire la rivalutazione di prove di esame o di concorso, sia pure circondandola di cautele la cui efficacia, però, sconta inevitabili imperfezioni (rendere il compito nuovamente anonimo tra altri compiti non vale ad impedire con certezza che la commissione che già ebbe a leggerlo lo riconosca; mutare la composizione della commissione inevitabilmente finisce per influire sul grado di severità del giudizio, rispetto al metro adottato per altri candidati; etc.).

Tanto premesso sul piano delle considerazioni generali, la questione va affrontata e risolta alla luce delle innovazioni legislative.

Il riferimento, in particolare, è al comma dodicesimo dell'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dedicato alla disciplina delle commissioni giudicatrici nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale contiene una disposizione innovativa secondo cui "in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione".

Il legislatore delegato ha in tal modo accolto la sollecitazione, contenuta nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, a risolvere la problematica della possibilità di eventuale riconvocazione della commissione, nella stessa od in diversa composizione, dopo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, quale emersa proprio nei contrapposti orientamenti giurisprudenziali che si sono qui innanzi richiamati.

La soluzione legislativa è quella della riconvocazione della medesima commissione ogni qual volta si proceda al rinnovo del procedimento di gara e ciò, espressamente, sia che vi si pervenga a seguito di annullamento dell'aggiudicazione (quando dunque tutte le offerte sono state conosciute), sia che vi si giunga a seguito dell'annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti (che, per lo più, si ha per irregolarità amministrative o in relazione all'offerta tecnica). Nulla di nuovo nel primo caso, ove si tratti, ad esempio, di omessa obbligatoria valutazione della congruità dell'offerta; ma nel secondo caso si tratta dell'avallo della tesi del rinnovo parziale delle operazioni di gara pur in caso di illegittima esclusione di uno dei concorrenti.

Il rinnovo del procedimento di gara cui fa riferimento la norma, infatti, va in entrambi i casi inteso come rinnovo parziale e non totale: se così non fosse, vale a dire se l'annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti non potesse che comportare il rinnovo integrale del procedimento di gara, a partire dalla fase della presentazione delle offerte, non si vedrebbe ragione di derogare al comma 10 del medesimo art. 84, la cui applicazione garantirebbe, anzi, in massimo grado quelle esigenze di serenità di giudizio che proprio la tesi della rinnovazione totale intende soddisfare; lo stesso dicasi qualora il rinnovo delle operazioni non dipenda da una illegittima esclusione ma, ad esempio, dall'annullamento di una aggiudicazione disposta da una commissione che abbia agito violando il principio di collegialità.

Quando si tratta dell'apprezzamento delle offerte, la composizione della commissione è indifferente soltanto se il sistema di aggiudicazione è di tipo automatico, incidendo altrimenti inevitabilmente sul metro di giudizio adottato, per quanto stringenti possano essere i criteri di valutazione prefissati. Prevedere che a determinate operazioni debba presiedere la medesima

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

commissione significa voler dare importanza primaria al valore della omogeneità dei giudizi: ma poiché non avrebbe senso voler assicurare una omogeneità tra giudizi ormai caducati (quelli travolti con l'intera gara, da ripetersi ab origine) e giudizi da esprimersi in una gara sostanzialmente nuova, la quale piuttosto richiederebbe una commissione nominata dopo la presentazione delle (nuove) offerte (cfr. art. 84, co. 10), deve trattarsi di una omogeneità tra giudizi espressi prima e dopo il provvedimento di annullamento, tra atti della procedura che restano salvi per il principio utile per inutile non

*vitiatur*

ed atti, invece, che soli debbono essere rinnovati.

In conclusione, l'amministrazione, che peraltro conserva una facoltà di scelta discrezionale relativa alla indizione di una nuova gara (C.d.S., sez. VI, n. 6457/04 cit.) ove ricorrano i presupposti per la revoca del bando ed impregiudicata in tal caso ogni eventuale conseguenza patrimoniale, potrà far luogo alla rinnovazione parziale delle operazioni di gara successive al provvedimento di esclusione annullato, mediante riconvocazione della medesima commissione giudicatrice.

Con altro ordine di censure si duole della violazione dei termini di standstill stabiliti per procedere alla stipulazione del contratto. Sul punto è sufficiente richiamare la giurisprudenza consolidata secondo cui tali violazioni non inficiano la legittimità della procedura di gara, ma valgono ad altri fini (per stabilire le condizioni della declaratoria di inefficacia del contratto e le sanzioni alternative).

Infine si censura la valutazione della commissione di gara, la quale, avendo espresso un mero punteggio numerico, non avrebbe consentito di desumere le motivazioni relative alle valutazioni connaturate alle procedure da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta più vantaggiosa.

In disparte la genericità della censura, vale osservare che la sufficienza della motivazione numerica del giudizio di valutazione emesso dalla commissione di gara è direttamente proporzionale alla specificazione dei criteri. Ne consegue che il solo punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa quando i criteri prefissati di valutazione siano estremamente dettagliati.

In mancanza di criteri ben individuati, deve ritenersi, invece, illegittima l'attribuzione di un punteggio solo numerico alle componenti dell'offerta, senza una ulteriore motivazione specifica (C. Stato, IV, 22 giugno 2006, n. 3851; C. Stato, V, 6.10.2003, n. 5899; C. Stato, V, 31.10.1992, n. 1118).

Nel caso in esame l'articolo 9 del capitolato, dopo aver attribuito 20 punti alla "qualità economica", ha suddiviso il resto del punteggio fra "qualità del servizio" (50 punti) e "qualità organizzativa" (30 punti).

Tali macrovoci sono poi dettagliatamente specificate nel corpo del medesimo articolo con specifica descrizione della griglia di punteggio da assegnare e del relativo valore. Così, ad esempio, in tema di qualità del servizio, è previsto un massimo di 10 punti per gli obiettivi del

## Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

progetto, così articolati: attribuzione di 1 punto equivale a descrizione minima; attribuzione di 2 punti equivale a descrizione completa ma non soddisfacente e così via fino ad assegnare 10 punti allorché l'offerta presenti una descrizione completa del punto arricchita di elementi innovativi.

Pertanto in presenza di una griglia di criteri sottocriteri e descrizione dei punteggi analitica ed articolata, la mera contestazione astratta del sistema di valutazione delle offerte non appare meritevole di apprezzamento.

Ne consegue l'accoglimento del ricorso originario e la reiezione dei connessi motivi aggiunti, con conseguente annullamento del solo provvedimento di esclusione del ricorrente dalla gara e reiezione delle richieste di declaratoria di inefficaci del contratto.

La peculiarità delle questioni consente la compensazione delle spese di lite tra le parti, mentre va ordinata la refusione a carico del Comune intimato del contributo unificato relativo al solo ricorso introduttivo, per il quale lo stesso risulta soccombente.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciandosi, accoglie il ricorso introduttivo in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione impugnato. Respinge il ricorso per motivi aggiunti. Dispone la compensazione delle spese di lite, mentre è a carico del Comune di Marigliano il solo contributo unificato relativo al ricorso introduttivo, come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Antonio Guida

L'ESTENSORE

Michele Buonauro

IL CONSIGLIERE

Fabio Donadono

Depositata in Segreteria il 3 aprile 2012

## **Rinnovazione operazioni di gara: nuova o medesima commissione?**

Scritto da Carmelo Anzalone

Mercoledì 11 Aprile 2012 10:49 -

---

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)