

Il codice dei contratti pubblici demanda al futuro regolamento di attuazione la disciplina delle modalità di funzionamento della commissione di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: la segretezza di alcune fasi è però imposta dalla stessa necessità di permettere la maggiore serenità di giudizio della commissione di gara ma non è nemmeno trascurabile il rilievo che, in ogni caso, anche il valore della trasparenza amministrativa deve essere opportunamente coordinato con l'esigenza di evitare inopportuni aggravamenti del procedimento, ora vietati dall'articolo 1 della legge n. 241/1990.

merita di essere segnalato il seguente pensiero espresso nella decisione numero 2355 dell' 11 maggio 2007 dal Consiglio di Stato:

< Sul versante comunitario, il principio generale della trasparenza delle amministrazioni è certamente enunciato con enfasi, ma, nella sua ampiezza e generalità, esso indica una regola che attiene, nel complesso, alla esigenza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire, ex post, la leggibilità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante.

Non esiste alcuna regola espressa (e nemmeno alcuna pronuncia della Corte di Giustizia) che si spingano ad affermare l'obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre (anche nelle ipotesi di procedure con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) la pubblicità della fase di apertura dell'offerta economica.

Per quanto riguarda il diritto interno, poi, i generali principi di trasparenza e partecipazione dell'attività amministrativa, stabiliti dalla legge n. 241/1990 e, in alcuni casi, da particolari leggi di settore (a partire dai lavori pubblici), non si accompagnano alla previsione di regole che impongano, in modo costante e inderogabile, la verificabilità immediata delle operazioni compiute dall'amministrazione>

Ma vi è di più

< è anche possibile convenire sulla maggiore garanzia presentata dalla pubblicità della fase di apertura delle buste recanti le offerte economiche. Da questo punto di vista, la soluzione prevista dal regolamento n. 554/1999, con riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, risulta molto convincente, perché consente di accertare, con la massima sicurezza, che le offerte economiche non solo non siano state alterate, ma anche che esse siano state conosciute dalla commissione solo dopo la conclusione delle operazioni valutative sulle offerte tecniche. Ma ciò non basta per ritenere che sussista un obbligo assolutamente inderogabile di operare in questo modo, qualora siano state rispettate altre garanzie minime (pubblicità della seduta iniziale di verifica delle integrità dei plichi, accurata verbalizzazione delle operazioni compiute, presenza del plenum della commissione)>

e pertanto:

< la Sezione ritiene di confermare il proprio orientamento, assolutamente prevalente, in forza del quale, "ferma restando la obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta, la giurisprudenza ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell'appalto concorso, o nel metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui si riferisce la fattispecie in esame, la valutazione dell'offerta economica possa avvenire in seduta non pubblica .

Secondo tale pronuncia, “non contrasta con l’indirizzo sopra riferito la norma del bando che rinvia l’apertura delle buste recanti l’offerta economica, di cui si sia pubblicamente verificata l’integrità, alla fase della procedura in cui si svolge la valutazione della convenienza economica dell’offerta, posto che il relativo apprezzamento non ha carattere automatico, ma varia in funzione di una serie indefinita di fattori concorrenti”.>

In conclusione quindi:

< Anche questa Sezione, peraltro, ha già ampiamente chiarito che, al fine di stabilire la portata del principio di pubblicità, occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica (sulla base della disciplina di gara, che tiene conto unicamente dell'aspetto economico) e quelle 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 (sistema dell'asta pubblica e delle licitazioni private, salvo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa introdotto sulla base della normativa comunitaria dall'art. 24, 1° comma lett. b, L.8.8.1977 n. 584), 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. Ciò è connaturale al sistema dell'asta pubblica (V. la decisione di questa Sezione n. 661/2000), ma vale anche per la licitazione privata con scelta automatica del contraente (V. art. 89 R.D. n.827/1924). Per quanto concerne in particolare l'appalto concorso, cui è assimilabile la procedura della licitazione privata con l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici (come nel caso in esame), 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 certamente non può essere che essere effettuata in seduta riservata ad evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice. Né detta (parziale) pubblicità può essere esclusa per il fatto che la relativa normativa non la prevede espressamente nell'appalto concorso, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare l'esigenza di trasparenza ed imparzialità che deve guidare l'attività amministrativa in tale delicata materia>

ma merita di conoscere anche il seguente passaggio:

< il codice dei contratti pubblici affronta, in parte, il tema indicato, stabilendo, all’articolo 83, che la commissione giudicatrice, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

La norma esprime, al tempo stesso, il limite negativo e il potere positivo dell’organo collegiale. Si cerca di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra il principio di trasparenza, che impone di definire nel bando il peso, anche relativo, attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione, e la necessità che, in ogni caso, anche l’attività della commissione sia predefinita nel suo svolgimento>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 2355/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 10197 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

## DECISIONE

sul ricorso in appello n. 10197/2005 proposto dalla \*\*\* Molise Gestioni s.r.l. in persona del legale rappresentante pro-tempore rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Di Pardo con domicilio eletto in Roma, via della Conciliazione, n. 44 presso l'avv. Giuliano Segato;

## CONTRO

- il Comune di CASACALENDA rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Marinelli con domicilio eletto in Roma via Ugo Bassi, n. 3 presso l'avv. Ennio Mazzoco;

e nei confronti

- della Ditta \*\*\* RETI, in persona del legale rappresentante pro-tempore rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari con domicilio eletto in Roma via di Ripetta, n. 142, presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari;

- della Ditta \*\*\* S.R.L., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise 16 giugno 2005, n. 745;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di CASACALENDA e della DITTA \*\*\* RETI S.P.A..

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 7 novembre 2006, il Consigliere Marco Lipari;

Uditi, altresì, gli avv.ti G. Di Pardo per delega di S. Di Pardo, L. Manzi per delega di Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO

La sentenza impugnata ha respinto il ricorso proposto dalla \*\*\* MOLISE GESTIONI S.r.l., per l'annullamento dei seguenti provvedimenti adottati dal comune di Casacalenda, concernenti la gara di appalto per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio comunale, della durata di 12 anni, a decorrere dalla data di consegna degli impianti, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158:

determinazione 30 giugno 2003, n. 321, con cui il responsabile del Servizio, approvato il verbale di gara del 24.6.2003, ha dichiarato “la ditta \*\*\* Reti S.p.A. di Milano aggiudicataria dell’appalto del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio comunale”;

verbale di gara del 24 giugno 2003;

bando di gara e disciplinare di gara;

delibera del Consiglio comunale 27 giugno 2002, n. 13 e delibera della Giunta comunale 2.9.2002, n. 90;

determinazione 21.8.2003, n. 39;

contratto di servizio stipulato con la \*\*\* Reti S.p.A. in data 1 ottobre 2003.

L’appellante ripropone le censure disattese dal tribunale.

Le parti intime resistono al gravame.

**DIRITTO**

La parte appellata eccepisce, in linea preliminare, l’inammissibilità dell’appello, perché asseritamente depositato oltre il termine di quindici giorni dalla notificazione.

L’eccezione è priva di pregio, poiché il termine per il deposito del ricorso (di primo grado o di appello) deve essere computato dalla data in cui la notifica si è perfezionata e non dalla precedente data in cui la parte ha consegnato l’atto all’ufficiale giudiziario.

Al riguardo, la Sezione ritiene di non discostarsi dal proprio orientamento, compiutamente espresso dalla decisione 29 novembre 2005, n. 6774.

Secondo la pronuncia, “evidente è l’errore in cui è incorso il giudice di primo grado nel computare il termine per il deposito muovendo dalla data di spedizione da parte dell’Ufficiale giudiziario, tramite il servizio postale e non, invece, da quello in cui si è perfezionata la consegna del piego (o l’ultima consegna, trattandosi di pluralità di intimati)) da parte dell’addetto al servizio postale, all’indirizzo del destinatario.

A quanto pare, l’errore è stato indotto, oltre che da un lettura forzata della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2002, n. 477, anche dall’orientamento espresso, in argomento, da questa stessa Sezione, con la decisione 6 ottobre 2003 n. 5897, la quale è però, allo stato, abbondantemente superata da riflessioni ulteriori della giurisprudenza su tale specifico aspetto della questione, a seguito degli approfondimenti conseguenti alla applicazione che, dell’istituto (dopo l’intervento della Corte costituzionale), è stata fatta dalla Corte Suprema di cassazione e degli insegnamenti desumibili da successive pronunce della stessa Corte costituzionale (n. 28 del 23 gennaio 2004 e n. 107 del 2 aprile 2004).

La lettura corretta della prima pronuncia del giudice delle leggi sulla illegittimità delle norme che, in materia di notificazione, ne facevano decorrere gli effetti, nei confronti dell’istante, dal suo perfezionamento, deve essere effettuata tenendo nel debito conto ciò in cui è stata fatta risiedere l’illegittimità costituzionale, ovvero il far ricadere, sul soggetto che richiede (o nell’interesse del quale è richiesta) la notificazione, gli oneri di attività materiali sottratte alla sua disponibilità. Ovviamente ciò non implica anche che tali oneri debbano ricadere sul destinatario dell’atto, né che la declaratoria di incostituzionalità si sia pure riflessa sulle modalità di computo dei termini per il deposito dell’atto o per l’iscrizione della causa a ruolo. Per il destinatario, l’atto produce i suoi effetti secondo le regole ordinarie, desunte da quelle che disciplinano il perfezionamento della notificazione (a mezzo Ufficiale giudiziario o mediante recapito a mezzo posta); quanto al deposito

dell'atto, ai fini dell'incardinamento del giudizio, o per tutte le altre finalità connesse al deposito degli atti notificati, le norme che ne fissano i termini hanno sempre riguardo al perfezionamento, reale o legale, per il destinatario, della notificazione.

In questo senso sono le numerose pronunce della Corte Suprema di Cassazione, che specificamente affrontano il problema del deposito del ricorso per cassazione, che è l'istituto che maggiormente si avvicina, analogicamente, al deposito dell'atto introduttivo del giudizio amministrativo.

Correttamente l'appellante segnala, fra le ultime, l'ordinanza n. 458 del 13 gennaio 2005 delle Sezioni Unite; l'orientamento è, peraltro, conforme a quello già espresso dalla Corte Suprema, con la sentenza n. 18087 dell'8 settembre 2004 della Sezione V, ed altre ancora citate dall'appellante nei propri scritti difensivi.

In definitiva deve essere affermato che, nel caso in cui il ricorso giurisdizionale sia stato notificato a mezzo del servizio postale, mentre ai fini del rispetto del termine per proporre l'impugnazione è sufficiente che il ricorso sia stato consegnato all'ufficiale giudiziario entro detto termine, il consolidamento di tale effetto anticipato per il notificante dipende dal perfezionamento del procedimento notificatorio nei confronti del destinatario ed è da tale data che devono farsi decorrere i termini per il deposito del ricorso, unitamente agli ulteriori atti prescritti dall'art. 21 L. n. 1034 del 1971 (salvo il ritardo nella restituzione dell'avviso di ricevimento, che, mentre da un lato non giustifica il tardivo deposito del ricorso, dall'altro consente di ritardare il deposito della prova dell'avvenuta notificazione)."

Nel merito, l'appellante contesta analiticamente la pronuncia di rigetto del tribunale, riformulando le censure disattese dal giudice di primo grado.

Con un primo motivo di gravame, la ricorrente deduce l'illegittimità dell'operato della commissione di gara, la quale, in asserito contrasto con il punto 8 del disciplinare di gara, ha proceduto alla apertura in seduta segreta dei plichi contenenti le offerte delle imprese concorrenti, sia con riguardo alla busta n. 2 (offerta tecnica), sia con riguardo alla busta n. 3 (offerta economica).

A dire dell'appellante, il principio di pubblicità della fase concernente l'apertura delle buste recanti le offerte economiche è inderogabile e non può essere surrogato dall'affermazione, compiuta dalla sentenza appellata, secondo la quale le parti sarebbero comunque in grado di accertare le statuizioni contenute nei documenti allegati ai verbali di svolgimento delle operazioni di gara, assistiti dalla particolare forza probatoria degli atti pubblici.

La censura è infondata.

In punto di fatto, va sottolineato che, in data 24 giugno 2003, conformemente alla previsione del bando, si è riunita la Commissione giudicatrice.

Dapprima, in seduta pubblica, alla presenza dei rappresentanti delle ditte, la stessa ha proceduto alla verifica del corretto inoltro dei plichi (scadenza e sigilli), all'apertura dei plichi regolarmente pervenuti, all'apertura della busta n. 1) ed all'esame della documentazione amministrativa contenuta nella busta n. 1) di ciascuno di essi, ammettendo tutte le concorrenti.

Successivamente, la Commissione ha continuato i lavori in seduta segreta, procedendo in primo luogo all'apertura della busta n. 2, all'esame degli elaborati ivi contenuti ed all'attribuzione dei punteggi per il piano di investimento e per la modalità di gestione e proseguendo con l'apertura della busta n. 3), contenente l'offerta economica, e con la valutazione di quest'ultima e l'assegnazione dei punteggi in relazione alle singole voci individuate in disciplinare.

Alla luce di queste considerazioni, non è condivisibile l'affermazione secondo cui il modo di operare della commissione si sarebbe posto in contrasto con il punto 8 del disciplinare di gara. Al contrario, la disposizione richiamata si limita a descrivere le modalità di svolgimento della fase preliminare di verifica estrinseca delle offerte pervenute. Questo profilo è accuratamente vagliato dalla sentenza del tribunale, che, su questo punto, non risulta aver formato oggetto di particolare contestazione da parte dell'appellante. Né il collegio ha motivo per discostarsi dal corretto accertamento del giudice di primo grado, che ha individuato l'esatto significato delle clausole della *lex specialis* di gara.

Resta però da verificare l'ulteriore profilo del mezzo di gravame articolato dall'appellante, che contesta l'illegittimità del bando di gara e degli atti allegati.

Al riguardo, va premesso che, in questa sede, non può essere riesaminata la questione relativa alla tardività della censura proposta contro il bando, che, secondo le parti appellate, avrebbe dovuto essere impugnato immediatamente, entro il termine di sessanta giorni dalla sua pubblicazione. A tale riguardo, la sentenza di primo grado ha esplicitamente affrontato la questione, pronunciandosi nel senso della ammissibilità e tempestività della censura, proposta unitamente all'impugnazione dell'atto di aggiudicazione.

Questo capo della sentenza, quindi, avrebbe potuto essere rimesso in discussione solo mediante la tempestiva e rituale proposizione di un appello incidentale, che, al contrario, non è stato articolato dalle parti intimare.

Per completezza, comunque, il Collegio ritiene di condividere la conclusione cui è pervenuto il tribunale, perfettamente coerente con l'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria, secondo cui l'onere di immediata impugnazione del bando sussiste solo in relazione alle clausole che impediscono la partecipazione alla gara di determinati soggetti.

Dunque, si tratta di stabilire se, nelle gare per l'aggiudicazione di contratti o dei servizi pubblici, svolte secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia imposta, o meno, la pubblicità della sola fase riguardante l'apertura della busta recante l'offerta economica.

Anche l'appellante conviene con la premessa secondo cui, allo stato attuale, l'ordinamento non regola in modo espresso e puntuale questo aspetto, nei settori dei servizi pubblici e dei settori speciali. E va osservato che anche il codice dei contratti pubblici (non applicabile, direttamente, alla presente vicenda, ma pure rilevante per la sua attitudine a determinare il riassetto della legislazione vigente) demanda al futuro regolamento di attuazione la disciplina delle modalità di funzionamento della commissione di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Del resto, lo stesso appellante individua alcuni argomenti a sostegno della propria tesi, richiamando gli orientamenti di alcune pronunce, a suo dire favorevoli alla assoluta inderogabilità della regola di pubblicità del segmento procedimentale costituito dalla apertura dei plichi contenenti le sole offerte economiche. In tal modo, si dimostra la consapevolezza che la questione è risolvibile solo attraverso l'applicazione di principi di ordine generale e che le soluzioni concrete possono essere articolate anche in funzione delle particolari circostanze rilevanti nei singoli casi.

In tal senso, allora, può essere ridimensionata la portata di alcune delle pronunce della Sezione citate dall'impresa interessata, ma che, attentamente considerate, non sembrano contrastare con la soluzione interpretativa seguita dal TAR.

Nel dettaglio, la decisione 16 marzo 2005, n. 1077, enuncia, in un passaggio della motivazione, il principio generale secondo cui la regola della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è senz'altro inderogabile in ogni tipo di gara (compreso l'appalto concorso), almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura. Ma la fattispecie decisa riguardava un caso in cui la regola della pubblicità era stata puntualmente e analiticamente tradotta in apposite regole del bando e una sola offerta era stata conosciuta e valutata dalla commissione in seduta segreta.

Analogamente, la pronuncia 9 ottobre 2002, n. 5421, enuncia un analogo principio generale di diritto, ma decide una controversia nella quale, in concreto, era stata omessa, addirittura, la pubblicità dell'intera fase riguardante la verifica dell'integrità dei plichi esterni e la loro apertura.

Infine, la decisione della Sezione 2 settembre 2005, n. 4465, conferma una pronuncia del TAR, ma esaminando solo la questione della ammissibilità dell'impugnazione del bando (che prescriveva la segretezza della fase di apertura delle buste recanti le offerte economiche) proposta non immediatamente, ma congiuntamente all'esito dell'aggiudicazione.

Il quadro normativo vigente contiene alcune previsioni, non recenti, riguardanti l'obbligo della pubblicità nelle gare svolte secondo il sistema della licitazione privata con il criterio del prezzo più basso (articolo 89 del regolamento generale di contabilità di Stato, di cui al r.d. 23 maggio 1924, n. 827). Da ciò deriva l'argomento, spesso sviluppato dagli interpreti, secondo cui, al di fuori di tale ambito, non esisterebbe un obbligo incondizionato di assicurare la pubblicità di tutte le fasi di svolgimento delle operazioni della commissione di gara.

Più articolata e complessa risulta la disciplina regolamentare riferita al solo settore dei lavori pubblici. In particolare, il Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici L. 11.2.1994 n.109 e successive modificazioni, approvato con D.P.R. 21.12.1999 n. 554, distingue tra sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e sedute pubbliche per la verifica della documentazione, apertura delle buste contenenti le offerte economiche e lettura dei ribassi offerti, con determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri prefissati.

Assume rilievo, in tale direzione, l'art. 64, concernente i servizi di progettazione sotto soglia, il quale, al comma 5, prevede che "In una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economica più vantaggiosa applicando i criteri e le formule di cui all'allegato E".

D'altro canto, però, secondo l'articolo 67 del regolamento, riguardante la licitazione privata, "la procedura di scelta degli offerenti avviene in seduta pubblica, con data indicata nel bando di gara, limitatamente alla fase di verifica della documentazione amministrativa, e in seduta riservata ai fini dell'attribuzione dei punteggi di cui allegato F). Non sembra previsto alcun obbligo di pubblicità in ordine alla fase di apertura delle buste concernenti le offerte economiche. Infatti, il comma 6 dello stesso articolo prevede che "La stazione appaltante nei successivi tre giorni comunica formalmente a ciascuno dei soggetti concorrenti l'esito della selezione ed il punteggio riportato". In tal modo, si conferma che la conoscenza dell'attività svolta dalla stazione appaltante avviene solo successivamente al compimento delle operazioni, senza implicare un contraddittorio immediato con le imprese concorrenti.

Una più puntuale disciplina delle diverse fasi procedimentali, in cui si succedono momenti riservati e momenti pubblici, è contenuta nell'articolo 91 del regolamento, dedicato all'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo tale previsione, "in una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule di cui all'allegato B quelle indicate dal bando. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economicamente più vantaggiosa applicando, tra i criteri di cui all'allegato B, quello indicato nel bando."

Dall'esame delle previsioni contenute nel regolamento in materia di lavori pubblici emerge, probabilmente, una marcata propensione verso la dilatazione dell'ambito operativo del principio di pubblicità. Tuttavia, si tratta di norme che, per un verso, hanno una sfera applicativa ben determinata, per un altro verso richiedono una puntuale e preventiva definizione delle regole

applicabili ai singoli momenti di svolgimento della gara, anche allo scopo di evitare incertezze sulle modalità di valutazione delle offerte.

Non si può dire, quindi, che il meccanismo procedimentale disciplinato dal regolamento attuativo della legge n. 109/1994 indichi il contenuto inderogabile delle norme e dei principi applicabile ad ogni tipo di gara. Esso esprime, semplicemente, una particolare ed efficace applicazione del principio di trasparenza e di pubblicità, che non preclude di riconoscere la legittimità di altre modalità operative.

Sul versante comunitario, il principio generale della trasparenza delle amministrazioni è certamente enunciato con enfasi, ma, nella sua ampiezza e generalità, esso indica una regola che attiene, nel complesso, alla esigenza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire, ex post, la leggibilità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante.

Non esiste alcuna regola espressa (e nemmeno alcuna pronuncia della Corte di Giustizia) che si spingano ad affermare l'obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre (anche nelle ipotesi di procedure con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) la pubblicità della fase di apertura dell'offerta economica.

Per quanto riguarda il diritto interno, poi, i generali principi di trasparenza e partecipazione dell'attività amministrativa, stabiliti dalla legge n. 241/1990 e, in alcuni casi, da particolari leggi di settore (a partire dai lavori pubblici), non si accompagnano alla previsione di regole che impongano, in modo costante e inderogabile, la verificabilità immediata delle operazioni compiute dall'amministrazione.

Ovviamente, non va confuso il piano della opportunità, de iure condendo, di possibili soluzioni applicative, orientate ad ampliare i casi in cui il seggio di gara, o la commissione di valutazione, debba svolgere le proprie operazioni in seduta pubblica, o, quanto meno, in contraddittorio con i soggetti direttamente interessati, con la ricostruzione del diritto vigente.

In questa prospettiva, è anche possibile convenire sulla maggiore garanzia presentata dalla pubblicità della fase di apertura delle buste recanti le offerte economiche. Da questo punto di vista, la soluzione prevista dal regolamento n. 554/1999, con riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, risulta molto convincente, perché consente di accertare, con la massima sicurezza, che le offerte economiche non solo non siano state alterate, ma anche che esse siano state conosciute dalla commissione solo dopo la conclusione delle operazioni valutative sulle offerte tecniche. Ma ciò non basta per ritenere che sussista un obbligo assolutamente inderogabile di operare in questo modo, qualora siano state rispettate altre garanzie minime (pubblicità della seduta iniziale di verifica delle integrità dei plichi, accurata verbalizzazione delle operazioni compiute, presenza del plenum della commissione).

Senza dire, poi, che, sotto rilevanti profili, nel sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la segretezza di alcune fasi è imposta dalla stessa necessità di permettere la maggiore serenità di giudizio della commissione di gara.

E non è nemmeno trascurabile il rilievo che, in ogni caso, anche il valore della trasparenza amministrativa deve essere opportunamente coordinato con l'esigenza di evitare inopportuni aggravamenti del procedimento, ora vietati dall'articolo 1 della legge n. 241/1990.

Pertanto, la Sezione ritiene di confermare il proprio orientamento, assolutamente prevalente, in forza del quale, "ferma restando la obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta, la giurisprudenza ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell'appalto concorso, o nel metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui si riferisce la fattispecie in esame, la valutazione dell'offerta economica possa avvenire in seduta non pubblica (decisione 27 aprile 2006 n. 2370). Secondo tale pronuncia, "non contrasta con l'indirizzo sopra riferito la norma del bando che rinvia l'apertura delle buste recanti l'offerta economica, di cui si sia pubblicamente verificata l'integrità, alla fase della procedura in cui si svolge la valutazione della convenienza economica dell'offerta, posto che il relativo apprezzamento non ha carattere automatico, ma varia in funzione di una serie indefinita di fattori concorrenti".

Analogamente, anche il più recente indirizzo della Sesta Sezione (decisione n. 2013/2006) è orientato nel senso della derogabilità del principio di pubblicità della fase concernente l'apertura delle buste riguardanti le offerte economiche: "quanto all'esame delle offerte economiche, non si può ritenere che la pubblicità della seduta in cui viene esaminata l'offerta economica sia un principio inderogabile.

La regola è infatti affermata in una fonte di secondo grado (il regolamento di contabilità generale dello Stato, r.d. n. 827/1924), ed ha una sua ragion d'essere nelle procedure di gara meccaniche, basate solo su offerte di prezzo, mentre ben può essere derogato nelle procedure in cui il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In quest'ultima ipotesi, infatti, il prezzo è solo uno dei molteplici elementi di valutazione dell'offerta, a cui deve essere attribuito un punteggio tra il minimo e il massimo stabiliti dal bando o dai criteri predefiniti dalla commissione.

Se, dunque, la seduta pubblica ha un senso laddove si tratta di verificare i prezzi offerti dai concorrenti e di stilare una graduatoria da cui si evince meccanicamente il prezzo più basso, invece la seduta pubblica non ha ragion d'essere nel caso in cui ai prezzi offerti occorre attribuire un punteggio che va sommato al punteggio assegnato per le componenti qualitative delle offerte.

L'attività di assegnazione del punteggio per l'elemento prezzo, che costituisce attività valutativa della commissione, non può infatti avvenire in seduta pubblica.

La giurisprudenza di questo Consesso ha già avuto modo di affermare che <<in sede di gara d'appalto per l'aggiudicazione di contratti della p.a., il principio di pubblicità, sebbene sia inderogabile in relazione alla fase di apertura dei plichi, può ben essere derogato allorché la commissione debba procedere ad una specifica valutazione tecnica delle offerte, il che si verifica nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; negli stessi casi, la deroga deve ritenersi consentita anche rispetto alle offerte economiche>> (C. Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2235)."

Anche questa Sezione, peraltro, ha già ampiamente chiarito che, al fine di stabilire la portata del principio di pubblicità, occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica (sulla base della disciplina di gara, che tiene conto unicamente dell'aspetto economico) e quelle 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 (sistema dell'asta pubblica e delle licitazioni private, salvo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa introdotto sulla base della normativa comunitaria dall'art. 24, 1° comma lett. b, L.8.8.1977 n. 584), 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. Ciò è connaturale al sistema dell'asta pubblica (V. la decisione di questa Sezione n. 661/2000), ma vale anche per la licitazione privata con scelta automatica del contraente (V. art. 89 R.D. n.827/1924). Per quanto concerne in particolare l'appalto concorso, cui è assimilabile la procedura della licitazione privata con l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici (come nel caso in esame), 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 certamente non può essere che essere effettuata in seduta riservata ad evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice. Né detta (parziale) pubblicità può essere esclusa per il fatto che la relativa normativa non la prevede espressamente nell'appalto concorso, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare l'esigenza di trasparenza ed imparzialità che deve guidare

l'attività amministrativa in tale delicata materia (V. Corte dei Conti, sez. controllo Stato, n.108 del 9.12.1999. e le decisioni di questa Sezione n. 5421 del 9.10.2002 e n. 1427 del 18.3.2004).

Il suddetto principio è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è senz'altro orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni, per cui non vale rilevare la sottoposizione della gara in esame alla disciplina comunitaria per escluderne l'applicabilità. In senso contrario non potrebbe invocarsi neppure la circostanza che il D. L.vo 17.3.1995 n.157 (richiamato dal bando di gara) nel disciplinare nell'allegato 4 i modelli di bando (con le relative indicazioni) prevede solo nel caso delle procedure aperte (asta pubblica) l'indicazione delle persone autorizzate a presenziare all'apertura delle offerte (lettera B n. 9), in quanto detta precisazione ha la finalità, pur nel rispetto del principio di pubblicità, di contenere il numero delle persone da invitare per ragioni di semplificazione e speditezza dei relativi adempimenti, mentre una limitazione del genere non avrebbe alcun senso nel caso di procedure ristrette (licitazioni private ed appalto concorso) in cui il numero dei partecipanti è normalmente esiguo.

Con una seconda censura, l'appellante sostiene che la commissione avrebbe omissis di predeterminare i criteri di attribuzione dei punteggi, con particolare riguardo alle fattispecie "Piano di investimento-modalità di gestione", per le quali il disciplinare di gara non prevedeva alcuna modalità, limitandosi a stabilire l'attribuzione del punteggio massimo di venti punti. Pertanto, in mancanza di idonei e oggettivi parametri, sarebbero illegittimi i punteggi, meramente numerici, attribuiti alle offerte tecniche, non supportati da alcuna specifica motivazione.

Il motivo non merita accoglimento.

Anzitutto, non è sussistente la violazione del punto 8 del disciplinare di gara, secondo cui "la commissione fornirà quindi all'amministrazione: la graduatoria finale e una relazione motivata con le osservazioni ritenute opportune sull'andamento del confronto e sui caratteri generali delle proposte presentate dai concorrenti e sull'affidamento del servizio". La previsione non sembra imporre alla commissione di gara un obbligo di motivazione più intenso di quello desumibile dai principi generali. Oltretutto, la prescrizione richiama esplicitamente le sole osservazioni "opportune", correlate, quindi, a particolari esigenze emerse nel corso delle operazioni di gara. In ogni caso, poi, i lavori della commissione risultano suffragati da adeguati supporti esplicativi delle scelte compiute.

La censura va allora esaminata nella parte in cui si deduce la violazione del principio secondo cui, in asserita mancanza di adeguati parametri fissati preventivamente dalla commissione, sarebbe illegittima, per difetto di motivazione, la valutazione delle offerte tecniche effettuata mediante la mera attribuzione di un punteggio numerico.

La questione della idoneità del punteggio numerico a supportare, sul piano motivazionale, il giudizio valutativo espresso dalle commissioni di gara ha formato oggetto di una costante attenzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Al riguardo, dopo numerose oscillazioni, la giurisprudenza amministrativa sembra orientarsi verso una soluzione abbastanza articolata, che vuole coniugare efficienza e razionalità nella tutela delle parti. Gli indirizzi interpretativi formati sull'argomento possono sintetizzarsi nei seguenti punti.

Secondo Cons Stato n. 67/2003, 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. Sicché, anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, è idoneo a dimostrare la logicità e congruità del giudizio tecnico. Non senza considerare che l'obbligo di motivazione è imposto dall'art. 3, legge n. 241/1990, per i provvedimenti, vale a dire gli atti finali del procedimento, e non anche per gli atti preparatori, quali gli atti di giudizio.

Analogamente, secondo Cons. Stato, V, n. 6007/2004, e Cons. Stato, V, 6 ottobre 2003 n. 5899, 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, e ciò per rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni verbali, relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.

Altra giurisprudenza, poi, si è fatta carico di definire le modalità e i contenuti della verbalizzazione delle operazioni di gara, allo scopo di comprendere pienamente l'iter compiuto dalla commissione (Cons. Stato, VI n. 1458/04). In tal modo, senza specificare la presenza di un obbligo di motivazione, si definisce il ruolo della documentazione delle attività compiute.

La verbalizzazione non deve condurre alla minuziosa descrizione delle attività svolte e delle singole opinioni espresse, ma deve essere proporzionata ed adeguata rispetto all'attività esercitata, e, quindi, in relazione all'esistenza di ampi poteri discrezionali di valutazione di offerte tecniche complesse, come quella in esame, deve dare conto compiutamente ma con economia di mezzi, dell'iter logico seguito nell'attribuzione dei punteggi a maggioranza.

Può essere utile aggiungere, sul piano sistematico che, ora, il codice dei contratti pubblici affronta, in parte, il tema indicato, stabilendo, all'articolo 83, che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

La norma esprime, al tempo stesso, il limite negativo e il potere positivo dell'organo collegiale. Si cerca di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra il principio di trasparenza, che impone di definire nel bando il peso, anche relativo, attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione, e la necessità che, in ogni caso, anche l'attività della commissione sia predefinita nel suo svolgimento.

La formula utilizzata dalla legge ("criteri motivazionali"), evidenzia il collegamento molto stretto con la motivazione concreta della valutazione di ciascuna offerta. Sembra recuperato, allora, un certo ruolo della commissione, più in linea con gli indirizzi espressi dal giudice comunitario.

La circostanza che si debbano preventivamente fissare i parametri motivazionali induce a ritenere che, poi, debba essere definita la giustificazione della scelta conclusiva e della valutazione di ciascuna offerta. Ma la previsione di una rete fittissima di criteri e modalità di attribuzione dei punteggi, spesso incentrata proprio su formule matematiche, dovrebbe rendere più facile il ricorso alla motivazione espressa con dati numerici.

Tenendo conto di queste indicazioni, allora, si può affermare che, nella concreta vicenda in esame, tutti gli atti di gara, a partire dal bando e dai relativi allegati, indicassero in modo adeguato i contenuti dei criteri valutativi utilizzabili dalla commissione di gara.

D'altro canto, l'appellante non sembra nemmeno dedurre alcuna apprezzabile divergenza tra i contenuti delle offerte e i punteggi concretamente attribuiti, in relazione agli indicati criteri di valutazione.

Una terza censura dell'appellante riguarda l'asserita violazione dell'articolo 17 della legge n. 68/1999, in quanto la società aggiudicataria non avrebbe esibito idonea certificazione, ma solo una insufficiente dichiarazione sostitutiva.

Anche tale censura è infondata.

La legge 12 marzo 1999 n. 68, recante "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", prevede, all'articolo 17 (rubricato Obbligo di certificazione), la seguente disciplina "1. Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti

convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione.”

Successivamente, il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28-12-2000 n. 445, ha previsto all'art. 77-bis, che “le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'articolo 78”.

La portata innovativa della norma è indiscutibile e risulta confermata dalla circolare interpretativa del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 28-3-2003 n. 10/2003. Secondo tale condivisibile lettura, “la legge 16 gennaio 2003, n. 3, al capo II, recante norme di semplificazione, ha introdotto modifiche al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”.

In particolare l'art. 15, nell'introdurre alla lettera b) l'art. 77-bis stabilisce che: “le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista la certificazione od altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'art. 78”.

La circolare chiarisce che: “Per effetto della suddetta disposizione viene meno, pertanto, la prescrizione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, in virtù della quale le imprese che partecipano a bandi per appalti pubblici o intrattengono rapporti convenzionali o di concessione con Pubbliche Amministrazioni erano tenute a certificare l'avvenuto adempimento degli obblighi di assunzione.”

Quanto sopra premesso, le aziende che intendono partecipare a gare per l'assegnazione di appalti pubblici, sono tenute a presentare unicamente una dichiarazione del legale rappresentante, che attesti l'ottemperanza agli obblighi di assunzione; sarà cura delle amministrazioni interessate effettuare, nei confronti dell'azienda che risulterà aggiudicataria, i necessari accertamenti presso i servizi provinciali che esercitano le funzioni di collocamento.”

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, poi, l'operatività della disciplina normativa richiamata non implica affatto la “disapplicazione” del bando, il quale si limita a prescrivere la produzione di determinati documenti, senza stabilire alcuna deroga alla disciplina generale in materia di documentazione amministrativa.

Un quarto motivo di censura riguarda l'asserita inadeguatezza della produzione relativa alla certificazione ISO 9000, prodotta in copia semplice e non in copia autentica, come prescritto dal bando.

Il motivo è infondato.

Non vi è motivo di ritenere che la prescritta certificazione non possa essere effettuata mediante il sistema dell'autocertificazione. Né ciò sembra precluso dalla previsione dell'articolo 49 del D.P.R. n. 445/2000, riguardante la ben diversa fattispecie dei certificati di conformità CE, che non possono essere confusi con le ipotesi di certificazioni di qualità riconducibili alle norme uniformi ISO e UNI.

Non assume alcuna rilevanza invalidante, poi, la circostanza che il documento sia stato erroneamente inserito in altra busta, trattandosi di mera irregolarità, insuscettibile di influire, anche in modo meramente potenziale, sulle operazioni di gara o sulla valutazione delle offerte.

Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, non risulta che tale certificazione abbia avuto peso nella attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica.

Con un ulteriore gruppo di censure, poi, l'appellante sostiene che non sarebbe stato adeguatamente dimostrato il possesso della prescritta capacità tecnica e finanziaria. Inoltre, l'asserita inadeguatezza della richiesta capacità si rifletterebbe anche sulla inidoneità del piano finanziario predisposto dall'aggiudicataria.

Il motivo è privo di fondamento.

Come dettagliatamente rilevato dalla pronuncia di primo grado, la società aggiudicataria ha dimostrato in modo inequivoco che i prescritti requisiti economici finanziari sono riferiti alla società dante causa, da cui ha conseguito il ramo di azienda, in attuazione degli obblighi di separazione societaria imposti dalla normativa comunitaria e dal decreto legislativo n. 164/2000.

Privo di pregio è anche l'ulteriore profilo di censura, secondo cui la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società in ordine agli investimenti effettuati non corrisponderebbe a quanto richiesto dal bando di gara e dal disciplinare. Infatti, non è seriamente dubitabile il senso della dichiarazione resa, che si riferisce senza alcun dubbio alla concreta realizzazione dei richiesti investimenti, nel triennio 2000/2002. La formula utilizzata "può disporre di investimenti", nel contesto in cui si colloca, equivale perfettamente alla frase "ha effettuato investimenti".

Del tutto inconsistente, poi, è la censura secondo cui potrebbero sorgere dubbi in ordine alla misura degli investimenti indicati dalla società aggiudicataria, essendo chiaro che la dichiarazione riguardasse il volume degli investimenti espresso in euro.

L'appellante ripropone, ancora, le censure riguardanti l'adeguatezza del piano economico finanziario proposto dalla società aggiudicataria e la sostanziale "anomalia" della relativa offerta, che prevede l'aumento del 44% del canone a base della gara.

Il motivo è destituito di fondamento. Entrambi i punti sono esaminati con attenzione dal tribunale e le relative statuizioni non risultano inficiate dalle tesi argomentative dell'appellante.

Il piano di investimento presentato dall'aggiudicataria risulta conforme alle prescrizioni del bando, nella parte in cui individua, in modo adeguato, le opere che saranno attribuite al comune a titolo gratuito e quelle che saranno attribuite mediante il rimborso del valore residuo degli ammortamenti.

Pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, il piano risulta redatto in modo esaustivo e conforme alle prescrizioni della lex specialis di gara.

Per quanto concerne, poi, l'asserita anomalia dell'offerta, i documenti di gara e le argomentazioni sviluppate dalla parte appellata permettono di evidenziare con sufficiente chiarezza logica il percorso argomentativo sviluppato per comporre l'offerta. In particolare, risulta dimostrata l'idoneità dell'offerta a operare una piena copertura di una delle componenti del valore riguardante il "vincolo sui ricavi di gestione" (VRD), costituita dalla remunerazione dei costi di investimento, lasciando impregiudicata la sola componente relativa alla remunerazione dei costi di gestione.

Pertanto, in mancanza di altre indicazioni riferite a possibili illegittimità nell'iter di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante, la censura proposta risulta priva di pregio e non si ravvisano i presupposti della richiesta consulenza tecnica di ufficio.

Per le stesse ragioni sono infondate anche le censure riguardanti l'asserita inadeguatezza e anomalia dell'offerta formulata dalla \*\*\*, seconda classificata nella procedura, anche prescindendo dal difetto di interesse a coltivare a tale mezzo di gravame, come asserito dal tribunale.

Conclusivamente, quindi, l'appello deve essere rigettato con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

Sussistono, peraltro, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

Per Questi Motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello, compensando le spese;

ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 novembre 2006 con l'intervento dei Signori:

Emidio Frascione Presidente

Raffaele Carboni Consigliere

Corrado Allegretta Consigliere

Marco Lipari Consigliere Estensore

Caro Lucrezio Monticelli Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Marco Lipari f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 11/05/07

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC. 10197/2005

FDG

