

L'articolo 21 della legge n. 109 del 1994 prevede che il presidente della commissione giudicatrice della gara debba necessariamente essere un dirigente dell'amministrazione appaltante.

Il Consiglio di stato con la decisione numero 2711 del 15 maggio 2006 ribadisce la non corretta scelta da parte di un'amministrazione appaltante di individuare un funzionario della regione Liguria - il segretario generale della giunta regionale - anziché un proprio dirigente, quale presidente della Commissione di gara:

<l'articolo 21, comma 5, della legge n. 109 del 1994 stabilisce che «La commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore».

La norma è stata violata, oltretutto con una motivazione generica e fittizia, fondata su possibili future incompatibilità dei dirigenti in servizio.

Invano l'appellante ricorda i principi di terzietà degli organi giudicanti nelle procedure concorsuali, perché tale richiamo si risolve in una critica alla legge; e del resto non tiene conto del fatto che il contemperamento tra le opposte esigenze di terzietà complessiva dell'organo giudicante e di presenza dell'amministrazione non è necessariamente il medesimo nelle procedure di concorso per posti d'impiego e in quelle di gara per la scelta di un contraente; né tien conto del fatto che la legge disciplina distintamente la posizione del presidente e quella degli altri componenti della commissione giudicatrice, e che le incompatibilità stabilite per questi ultimi non sono necessariamente riferibili al presidente, che, appunto, dev'essere un dirigente dell'amministrazione appaltante.>

Legge 11 febbraio 1994, n. 109

La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici

Art. 21. (Criteri di aggiudicazione - Commissioni giudicatrici)

1. L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato:

- a) per i contratti da stipulare a misura, mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari, anche riferiti a sistemi o subsistemi di impianti tecnologici, ai sensi dell'articolo 5 della legge 2 febbraio 1973, n. 14 (articolo abrogato dall'articolo 231 del d.P.R. n. 554 del 1999, il riferimento ora è all'articolo 90 del predetto regolamento), per quanto compatibile;
- b) per i contratti da stipulare a corpo, mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante la predetta offerta a prezzi unitari;
- c) per i contratti da stipulare a corpo e a misura, mediante la predetta offerta a prezzi unitari.

1-bis . Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di Dsp con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle

giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte. Non sono richieste giustificazioni per quegli elementi i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità della offerta, il concorrente è chiamato ad integrare i documenti giustificativi ed all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito della ulteriore verifica, in contraddittorio. Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque.

(comma così modificato dall'articolo 7, comma 1, lettera n), legge n. 166 del 2002)

1-ter. L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata può essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base agli elementi di cui al comma 2, lettera a), nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore.

(comma aggiunto dall'articolo 7, comma 1, lettera n), legge n. 166 del 2002)

(il limite al ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è disapplicabile in forza della sentenza della Corte di Giustizia 16 luglio 2004, n. 247/2002)

2. L'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso nonché l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata avvengono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti elementi variabili in relazione all'opera da realizzare:

a) nei casi di appalto-concorso:

- 1) il prezzo;
- 2) il valore tecnico ed estetico delle opere progettate;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il costo di utilizzazione e di manutenzione;
- 5) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare;

b) in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni:

- 1) il prezzo di cui all'articolo 19, comma 2;
- 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il rendimento;
- 5) la durata della concessione;
- 6) le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza;
- 7) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

3. Nei casi di cui al comma 2 il capitolato speciale d'appalto o il bando di gara devono indicare l'ordine di importanza degli elementi di cui al comma medesimo, attraverso metodologie definite dal regolamento e tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

4. Qualora l'aggiudicazione o l'affidamento dei lavori avvenga ai sensi del comma 2, la valutazione è affidata ad una commissione giudicatrice secondo le norme stabilite dal regolamento.

5. La commissione giudicatrice, nominata dall'organo competente ad effettuare la scelta dell'aggiudicatario od affidatario dei lavori oggetto della procedura, è composta da un numero dispari di componenti non superiore a cinque, esperti nella specifica materia cui si riferiscono i lavori. **La commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.** I commissari non debbono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione od incarico tecnico od amministrativo relativamente ai lavori oggetto della procedura, e non possono far parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza o di controllo rispetto ai lavori medesimi. Coloro che nel quadriennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente ad appalti o concessioni aggiudicati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio. Non possono essere nominati commissari coloro i quali abbiano già ricoperto tale incarico relativamente ad appalti o concessioni affidati nel medesimo territorio provinciale ove è affidato l'appalto o la concessione cui l'incarico fa riferimento, se non decorsi tre anni dalla data della precedente nomina. Sono esclusi da successivi incarichi coloro che, in qualità di membri delle commissioni aggiudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertata in sede giurisdizionale, all'approvazione di atti dichiarati conseguentemente illegittimi.

6. I commissari sono scelti mediante sorteggio tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

- a) professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dagli ordini professionali;
- b) professori universitari di ruolo, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte delle facoltà di appartenenza;
- c) funzionari tecnici delle amministrazioni appaltanti, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dalle amministrazioni medesime.

7. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte.

8. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione dell'amministrazione.

8-bis. (abrogato dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

ha pronunciato la seguente

decisione

sui ricorsi in appello proposti

1) (procedimento 6756/2005) dall'AZIENDA SANITARIA LOCALE N. 5 della Liguria, denominata anche SPEZZINO, costituitosi in giudizio in persona del dottor Roberto ****, direttore generale, difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Mario Bassani e Rosaria Russo Valentini e domiciliata presso il primo in Roma, piazza Principessa Clotilde 2;

contro

la società per azioni **** – COMPAGNIA ****, con sede in Milano, costituitasi in giudizio in persona dell'amministratore delegato, ingegnere Gianluigi ****, in proprio e come mandataria di associazione temporanea di imprese con le società per azioni ****, IMPRESA **** & C., **** e **** FACILITY MANAGEMENT, difesa dagli avvocati Sergio Maria Carbone, Piergiorgio Alberti e Maria Alessandra Sandulli e domiciliata presso quest'ultima in Roma, corso Vittorio Emanuele II 349;

e nei confronti

della società per azioni ****, non costituita in giudizio;

con l'intervento

- del comune di LA SPEZIA, in persona del sindaco, dottor Giorgio Pagano, difeso dagli avvocati Giorgio Giovannini, Tomaso Acordon e Maria Teresa Barbantini e domiciliato presso quest'ultima in Roma, viale Giulio Cesare 14;

- della regione LIGURIA, in persona del vice presidente Massimiliano Costa, difesa dagli avvocati Barbara Baroli, Gigliola Benghi e Orlando Sivieri e domiciliata presso quest'ultimo in Roma, piazza della Libertà 13;

- del COMITATO PER L'OSPEDALE ****, con sede in La Spezia, in persona del presidente, dottor Attilio Ferrero, difeso dagli avvocati Stefano e Carlo de Ferrari e domiciliato in Roma, Lungotevere Flaminio 46, presso il dottor Gian Marco Grez;

**** s.p.a., in persona del rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati G. TANZARELLA, P. VAIANO e D. VAIANO elettivamente domiciliati in Roma presso il secondo al Lungotevere Marzio 3;

2) (procedimento 6978/2005) dalla società per azioni **** (sede non indicata), in persona del presidente, ingegnere Ezio Pellegrini, difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Paolo Vaiano e Diego Vaiano e domiciliata presso il secondo in Roma, Lungotevere Marzio 3;

contro

la società per azioni **** – COMPAGNIA ****, rappresentata, difesa e domiciliata come indicato sopra;

e nei confronti

dell'AZIENDA SANITARIA LOCALE N. 5 della Liguria, costituitasi in giudizio in persona del dottor Roberto ****, difesa dall'avvocato Rosaria Russo Valentini e domiciliata presso di lei in Roma, Corso Vittorio Emanuele II 284;

**** s.p.a.- IMPRESA **** e C s.p.a., **** s.p.a., **** FACILITY MANAGEMENT s.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 23 giugno 2005 n. 940, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Liguria, seconda sezione, ha annullato il provvedimento dell'azienda sanitaria 29 aprile 2004 n. 172, di nomina del presidente della commissione giudicatrice della gara per la progettazione e costruzione di un complesso ospedaliero indetta con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea del 7 agosto 2003, e tutti gli atti della gara.

Visto il ricorso in appello 6756/2005, notificato e depositato il 4 agosto 2005;

visto l'appello incidentale della società **** - Compagnia ****, notificato il 13 e depositato il 17 ottobre 2005;

visto l'atto di costituzione in giudizio della società ****, quale avente causa della società ****;

visto l'atto d'intervento del comune di La Spezia, notificato il 6 e depositato il 9 settembre 2005;

visto l'atto d'intervento della regione Liguria, notificato tra il 16 e il 21 e depositato il 26 settembre 2005;

visto l'atto d'intervento del Comitato per l'ospedale ****, notificato il 18 e il 21 e depositato il 24 novembre 2005;

viste le ulteriori memorie difensive presentate dalle parti;

Visto il ricorso in appello 6978/2005, notificato tra l'1 e il 17 e depositato l'11 agosto 2005;

visto l'appello incidentale della società **** - Compagnia ****, notificato il 13 e depositato il 17 ottobre 2005;

visto il controricorso dell'azienda sanitaria locale, depositato il 9 novembre 2005;

viste le ulteriori memorie difensive presentate dalle parti;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 20 gennaio 2006, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Clarizia, Bassani, Valentini, Vaiano, Sivieri, Acondon, Alberti, Barbantini, Tanzarella;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'azienda sanitaria locale n. 5 della Liguria ha indetto la gara per l'affidamento, a favore dell'offerta che fosse risultata economicamente più vantaggiosa, della concessione di costruzione e gestione dell'opera pubblica sopra indicata. Alla gara hanno partecipato, tra gli altri, l'associazione di imprese tra le società **** e **** (d'ora in poi: ****), alla quale è poi succeduta la società **** odierna appellante, e l'associazione di imprese avente come mandataria la società **** - Compagnia **** (d'ora in poi: ****). In séguito alla proposta formulata dall'autorità di gara nella seduta del 27 luglio 2004, con provvedimento dell'amministrazione del 15 ottobre 2004 la

concessione è stata aggiudicata a *****, sola concorrente rimasta in gara in séguito alle valutazioni formulate dalla commissione giudicatrice.

***** con ricorso straordinario al capo dello Stato proposto il 18 novembre 2004 e notificato il 24 novembre 2004 a ***** ha impugnato la nomina del presidente della commissione giudicatrice, la lettera d'invito e l'aggiudicazione a *****, deducendo otto censure. La controinteressata si è opposta alla decisione in sede di ricorso straordinario e ***** ha trasposto il ricorso davanti al tribunale amministrativo regionale per la Liguria; dopodiché *****, che nel frattempo aveva ottenuto dall'amministrazione di poter esaminare gli atti di gara, con atto notificato il 15 dicembre 2004 ha formulato altri sette motivi d'impugnazione.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto tutte le eccezioni d'inammissibilità del ricorso formulate da *****, ha giudicato infondati alcuni dei motivi d'impugnazione, ha giudicato fondato il quarto motivo di ricorso e, assorbiti i restanti motivi d'impugnazione, ha annullato la nomina della commissione giudicatrice e tutti i successivi atti di gara. Il motivo accolto è il quarto motivo del ricorso, ripreso con il primo dei motivi aggiunti, con il quale è stata dedotta la violazione dell'articolo 21 della legge sui lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109, perché era stato nominato presidente della gara un funzionario della regione Liguria - il segretario generale della giunta regionale - anziché un dirigente dell'amministrazione appaltante. Il tribunale amministrativo ha poi respinto la domanda di risarcimento del danno, perché non provata.

L'azienda sanitaria locale appella e ripropone, come motivi d'appello secondo, terzo e quarto, le eccezioni preliminari formulate da ***** e respinte dal giudice di primo grado, mentre con il primo motivo censura il capo della sentenza che ha accolto il quarto motivo del ricorso. Più precisamente, e sinteticamente, i motivi d'appello sono i seguenti.

1) Il giudice di primo grado ha errato nell'interpretare l'articolo 21 della legge n. 109 del 1994 nel senso che il presidente della commissione giudicatrice della gara debba necessariamente essere un dirigente dell'amministrazione appaltante.

2) ***** non ha interesse a dolersi della nomina del presidente della commissione, che non ha leso nessun suo interesse. D'altra parte non è sostenibile che l'interesse di ***** a dedurre la censura sia quello "strumentale", ossia l'interesse alla ripetizione della gara, perché tale interesse strumentale non può sostituire il necessario nesso causale tra illegittimità denunciata e lesione di una propria posizione giuridica tutelata.

3) Alcuni motivi di ricorso erano tardivi, perché sarebbero dovuti essere dedotti impugnando immediatamente il bando o altri atti della procedura; in particolare la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente la nomina della commissione, la cui composizione le era nota fin dalla seduta del 4 giugno 2004.

4) I motivi aggiunti, vertenti su fatti già noti alla ricorrente, sono inammissibili.

5) Il ricorso era inammissibile per mancanza d'interesse, dal momento che il progetto tecnico di ***** aveva ottenuto una valutazione non sufficiente, secondo le norme della lettera d'invito, perché l'offerta fosse ammessa ad ulteriore valutazione.

***** con appello incidentale, oltre a riproporre i motivi di ricorso respinti o assorbiti, censura il capo della sentenza che ha respinto la domanda di dichiarazione di nullità del contratto stipulato tra l'amministrazione e l'aggiudicataria; censura altresì il rigetto della domanda di risarcimento del

danno, affermando di non aver chiesto realmente il risarcimento, e che la domanda di risarcimento andava intesa come formula di stile.

Si è costituita la società ****, succeduta a **** come società costituita per eseguire adempiere al contratto d'appalto, e sono intervenuti, in adesione alle tesi dell'amministrazione appellante, la regione Liguria, il comune di La Spezia e un comitato.

Identico appello è stato proposto da ****, e in questo giudizio **** ha svolto appello incidentale identico a quello svolto nel giudizio d'appello instaurato dall'azienda sanitaria locale. Quest'ultima si è costituita.

DIRITTO

I due appelli, proposti contro la stessa sentenza, vanno riuniti ai sensi dell'articolo 335 del codice di procedura civile. I motivi dell'uno e dell'altro essendo identici nella sostanza, le considerazioni che seguono si riferiscono ad entrambi.

Cominciando l'esame dal secondo motivo, con il quale le appellanti negano la legittimazione di **** a dedurre l'illegittima composizione della commissione giudicatrice della gara, esse hanno ragione quando sostengono che il cosiddetto interesse "strumentale" alla ripetizione della gara di per sé non è sufficiente a sorreggere un'impugnazione. L'interesse "strumentale" rispetto a un risultato utile è certamente necessario, ossia occorre che i motivi d'impugnazione di una procedura concorsuale siano tali da comportare per il ricorrente almeno la ripetizione della procedura; ma esso non è sufficiente, essendo evidente che ognuno, che non ha vinto, ha interesse alla ripetizione della procedura: occorre pure che l'illegittimità denunciata abbia di per sé leso una propria posizione giuridica; non però nel senso che debba esser necessariamente dimostrato il nesso causale tra illegittimità e provvedimento sfavorevole, ma nel senso che tale nesso non può essere escluso. Sotto questo profilo, l'illegittima costituzione di una commissione giudicatrice vizia la scelta finale e legittima l'impugnazione da parte di chi non ha ottenuto il provvedimento a sé favorevole, allo stesso modo che è deducibile il vizio d'incompetenza, pur essendo impossibile dimostrare che una diversa commissione o l'organo competente avrebbero emanato un diverso provvedimento finale. Diversamente, tutte le norme e garanzie procedurali verrebbero vanificate. Il motivo, pertanto, è infondato.

È infondato anche il terzo motivo: l'onere e la facoltà d'immediata impugnazione del bando o di altri atti della procedura concorsuale sussistono solo quando essi precludano la partecipazione alla procedura, o siano per altre particolari ragioni immediatamente lesivi; altrimenti essi vanno impugnati solo quando, con l'esito negativo della procedura medesima, sorga l'interesse all'impugnazione.

Il primo motivo, con il quale le appellanti censurano il capo della sentenza che ha accolto il ricorso di ****, è infondato: l'articolo 21, comma 5, della legge n. 109 del 1994 stabilisce che «La commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore». La norma è stata violata, oltretutto con una motivazione generica e fittizia, fondata su possibili future incompatibilità dei dirigenti in servizio. Invano l'appellante ricorda i principi di terzietà degli organi giudicanti nelle procedure concorsuali, perché tale richiamo si risolve in una critica alla legge; e del resto non tiene conto del fatto che il contemperamento tra le opposte esigenze di terzietà complessiva dell'organo giudicante e di presenza dell'amministrazione non è necessariamente il medesimo nelle procedure di concorso per posti d'impiego e in quelle di gara per la scelta di un contraente; né tiene conto del fatto che la legge disciplina distintamente la posizione del presidente e quella degli altri componenti della commissione giudicatrice, e che le

incompatibilità stabilite per questi ultimi non sono necessariamente riferibili al presidente, che, appunto, dev'essere un dirigente dell'amministrazione appaltante.

Il quarto motivo, con il quale le appellanti deducono la tardività dei motivi aggiunti, è irrilevante. Con il quinto motivo le appellanti deducono che il ricorso di **** era inammissibile per mancanza d'interesse, perché il suo progetto tecnico aveva ottenuto una valutazione insufficiente; e il motivo è una petizione di principio, perché l'illegittimità della composizione della commissione travolge la valutazione insufficiente.

Gli appelli principali, in conclusione, sono infondati

Venendo agli appelli di ****, essi sono propriamente incidentali, e quindi intrinsecamente (oltre che dichiaratamente) subordinati, per quanto riguarda i motivi di primo grado respinti o non esaminati; e per questa parte il loro esame rimane assorbito.

Gli appelli di **** sono invece sostanzialmente principali, correttamente proposti in forma incidentale ai sensi dell'articolo 333 del codice di procedura civile, nella parte in cui **** ripropone le domande di dichiarazione di nullità del contratto stipulato tra l'amministrazione e **** (o ****) e di risarcimento. Sennonché la domanda relativa al contratto è formulata in via dichiaratamente "incidentale e subordinata"; e oltre a ciò il giudice di primo grado ha statuito che il contratto perde efficacia in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, sicché **** non ha nessun interesse alla dichiarazione di nullità del contratto medesimo. Quanto alla domanda di risarcimento del danno, **** ne censura il rigetto con il singolare argomento di non averla realmente proposta. Per questa parte dunque l'appello incidentale è inammissibile.

Il Collegio stima equo compensare integralmente le spese di giudizio del grado tra le appellanti principali e l'appellante incidentale, stante la soccombenza reciproca. Gl'intervenienti sopportano le loro spese.

Per questi motivi

riunisce gli appelli indicati in epigrafe, li respinge e dichiara inammissibili gli appelli incidentali della società **** - Compagnia ****. Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Così deciso in Roma il 20 gennaio 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 15 maggio 2006