

Prevale sempre un approccio oggettivo nella valutazione sull'eventuale portata escludente delle clausole del bando di gara.

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 19-11-2018

1. Sulla portata escludente delle clausole di un bando di gara prevale sempre un criterio oggettivo;
2. Negli appalti pubblici la determinazione della base d'asta è espressione di discrezionalità tecnica;
3. Le consulenze e le verificazioni nel processo amministrativo non sono da considerarsi mezzi di prova, ma mezzi di valutazione della prova.

Guida alla lettura

L'analisi della sentenza in esame verte principalmente su tre tematiche: l'approccio, *soggettivo* o *oggettivo*, in relazione alla portata escludente o meno di una clausola del bando di gara; la natura del potere di determinazione del contenuto del bando di gara; la funzione delle verificazioni e delle consulenze nel processo amministrativo.

In relazione al primo punto la Sezione richiama, *in primis*, i principi enunciati dall'Ad. Pl. 26 aprile 2018, n. 4 secondo la quale: *"l'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione. Inoltre, per la Plenaria, le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura."*

Premesso quanto sopra i giudici si soffermano sui differenti approcci, *oggettivi* o *soggettivi*, che potrebbero essere interpretati in tale tematica. Nel caso di specie il Collegio elabora un convincente ragionamento affermando come, proprio in considerazione dei suddetti principi, debba sempre prevalere in tali situazioni una visuale totalmente oggettiva, finalizzata alla realizzazione di comportamenti neutrali che non siano in grado di nuocere ai terzi, nel rispetto inoltre della concorrenza. A tal proposito si evidenzia come la Sezione recepisca in pieno tale

impostazione. Infatti i giudici del supremo Consesso, nell'accogliere quanto chiarito dal tribunale amministrativo regionale, affermano specificamente come nel caso di specie *“non sussiste alcuna lesività del bando poiché non si è raggiunto il convincimento che la clausola precludesse con certezza, e quindi, in modo oggettivo ed inequivocabile, la presentazione dell'offerta alle condizioni indicate dal bando, che il ricorrente ritiene non remunerative ed antieconomiche, secondo una prospettazione unilaterale e, quindi, soggettiva, che non ha trovato adeguato riscontro nella realtà oggettiva dei fatti, anche in considerazione del fatto che altri tre concorrenti hanno, invece, presentato le loro offerte entro i termini”*.

In relazione al secondo punto la Sezione dichiara che la funzione di determinazione del contenuto del bando di gara sia l'esercizio di un tipico potere discrezionale, evidenziando, peraltro, uno stretto legame tra *potere discrezionale* e *merito*. Infatti, in base al suddetto potere, *“l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.”* Di conseguenza il Collegio, nel rimarcare la sopraindicata correlazione tra potere discrezionale e merito, rammenta che le stesse scelte, con specifiche eccezioni, siano sottratte al sindacato dell'AGA, sempre nel rispetto del basilare principio del *favor participationis* verso gli operatori economici. Nello specifico, *“le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi”*. Con tali premesse i giudici si spingono fino ad evidenziare come nel settore degli appalti pubblici la determinazione della base d'asta, *species* appartenente al *genus* delle *valutazioni tecniche*, sia espressione di *discrezionalità tecnica*. Sul punto si rammenta che lo stesso AGA non possa sostituire, in base al principio costituzionale di separazione dei poteri, le proprie valutazioni a quelle fatte dalla p.a., in particolar modo nel caso di regole tecniche concernenti le modalità di valutazione delle offerte dei concorrenti.

In relazione al terzo punto si rileva come la Sezione fornisca una precisa e puntuale definizione della funzione che le verificazioni e le consulenze rivestono nell'ambito del processo amministrativo.

In particolare tale attività consiste nel fornire al giudice nozioni per valutare elementi tecnici e non essere, le stesse verificazioni e consulenze, *“funzionali all'acquisizione di una prova o di una dimostrazione”*. Infatti tali strumenti non sono da considerarsi in senso stretto mezzi di prova ma, come detto, mezzi di valutazione della prova il cui utilizzo fornisce al giudice un parere tecnico necessario ed utile finalizzato all'analisi di elementi probatori già in possesso dello stesso giudice o per la soluzione di questioni che determinano specifiche conoscenze.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2117 del 2018, proposto da Mengozzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Regione del Veneto, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ezio Zanon, Antonella Cusin e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;
Direzione Risorse Strumentali S.R.R. – C.R.A.V., non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carola Pagliarin, con domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via degli Zabarella, 38;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 01042/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

- del bando di gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero dei “rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi” a favore di alcune Aziende Sanitarie Venete e dell'A.R.P.A.V. (doc. 1 – bando GUCE), pubblicato sulla GURI in data 20 aprile 2017 (doc. 2 – bando GURI);
- del disciplinare in parte qua (doc. 3 – disciplinare);
- del capitolato speciale (doc. 4 – capitolato);

- degli allegati al capitolato;
- dei format di offerta economica (doc. 5 – format di offerta economica);
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compresa la deliberazione di indizione della gara (doc. 6 – deliberazione di indizione della gara).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione del Veneto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Brugnoletti, Manzi e Pagliarin.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, con la sentenza 22 novembre 2017, n. 1042, ha in parte dichiarato inammissibile e in parte infondato il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento:

- del bando di gara della Regione Veneto per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero dei "rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi" a favore di alcune Aziende Sanitarie venete e dell'A.R.P.A.V., pubblicato nella G.U.R.I. il 20 aprile 2017;
- del disciplinare di gara in parte qua;
- del capitolato speciale;
- degli allegati al capitolato;
- dei "format" di offerta economica.

Secondo il TAR, sinteticamente:

- le clausole attinenti al prezzo posto a base d'asta non si rivelano tali da impedire indistintamente a tutti i potenziali concorrenti una corretta e consapevole formulazione dell'offerta;
- i lotti in cui è suddiviso l'appalto presentano ciascuno un D.U.V.R.I., pubblicato nel sito istituzionale della stazione appaltante, che reca l'indicazione dei costi della sicurezza cd. da interferenza.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR deducendone l'erroneità per

Con l'appello in esame chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva la Regione chiedendo il rigetto dell'appello.

Interveniva ad opponendum Azienda Zero chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 4 ottobre 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'Appellante deduce, nel suo primo motivo di appello, che il TAR avrebbe erroneamente ritenuto inammissibile il ricorso di primo grado per carenza di interesse derivante dalla mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara indetta dalla Direzione dell'U.O. Acquisti Centralizzati SSR – CRAV della Regione del Veneto.

Giova al riguardo rammentare che, secondo la recente pronuncia dell'Ad. Pl. 26 aprile 2018, n. 4 l'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione. Inoltre, per la Plenaria, le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Pertanto, alla luce di tale recente e chiarissimo arresto, è necessario stabilire se la clausola contestata abbia o meno "portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione".

Nel caso di specie, come ha correttamente chiarito il TAR, non sussiste alcuna lesività del bando poiché non si è raggiunto il convincimento che la clausola precludesse con certezza, e quindi, in modo oggettivo ed inequivocabile, la presentazione dell'offerta alle condizioni indicate dal bando, che il ricorrente ritiene non remunerative ed antieconomiche, secondo una prospettazione unilaterale e, quindi, soggettiva, che non ha trovato adeguato riscontro nella realtà oggettiva dei fatti, anche in considerazione del fatto che altri tre concorrenti hanno, invece, presentato le loro offerte entro i termini.

Un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara, infatti, sussiste qualora le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta, il che è confutato, nei fatti, come detto, nella fattispecie in esame.

Deve, pertanto, ribadirsi che la legittimazione a ricorrere costituisce condizioni dell'azione che deve sussistere sin dal momento della notificazione del ricorso introduttivo, il che nella specie non è, con la conseguenza dell'inammissibilità del ricorso introduttivo.

2. Anche il secondo motivo di appello, sempre relativo alla determinazione del prezzo a base

d'asta, e dunque connesso al primo motivo di appello, è infondato.

Infatti, la base d'asta deve essere certamente fissata "in una misura che, seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza".

Tuttavia, la determinazione del contenuto del bando di gara (in ordine alle prestazioni delle parti, e dunque a quelle da eseguire da parte dell'aggiudicatario e alle somme dovute dalla stazione appaltante) costituisce espressione un potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

Le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi.

Nel settore degli appalti pubblici, infatti, le valutazioni tecniche, come quelle che riguardano la determinazione della base d'asta, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti che non può dedursi dalla presentazione di conteggi e simulazioni, unilateralmente predisposti dalla parte appellante, che non evidenziano alcun manifesto errore logico o di ragionevolezza e che, comunque, non dimostrano un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta, ma dimostrano semplicemente l'impossibilità soltanto per l'attuale appellante, di presentare un'offerta, il che è irrilevante ai fini della valutazione della legittimità della procedura di gara.

3. Anche il terzo motivo di appello è infondato, posto che le verificazioni o le consulenze, come è noto, servono al giudicante per valutare elementi tecnici già acquisiti al processo e di cui è dubbio o controverso l'apprezzamento, ma non possono essere funzionali all'acquisizione di una prova o di una dimostrazione, l'oggettiva portata escludente della clausola in tesi sostenuta dall'appellante, che, per quanto esposto finora, non si ritiene aver trovato alcun riscontro.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore dell'interveniente ad opponendum, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

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