

## **Illegittima composizione della commissione di gara: risulta viziata nella sua composizione la commissione giudicatrice laddove due componenti, pur senza aver materialmente redatto gli atti di gara, hanno concorso alla loro formalizzazione**

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 2-7-2016

- 1. L'approvazione degli atti di gara integra una «funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta» il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice.*
- 2. E' legittimo l'annullamento in autotutela ex art. 21nonies della legge 241/90 dell'intera procedura di gara sul presupposto dell'illegittima composizione della commissione giudicatrice.*

### **Guida alla lettura**

Nella sentenza in commento la seconda sezione del Tar Lecce è chiamata ad occuparsi di un'ipotesi di **illegittima costituzione della commissione giudicatrice** e del dibattuto tema relativo alla conseguente **rinnovazione, totale o parziale, della procedura di gara**.

È in particolare accaduto che una stazione appaltante ha annullato in autotutela, ai sensi dell'art. art. 21nonies della legge 241/90, l'intero procedimento relativo ad una una gara sul rilievo dell'accertata esistenza di un vizio inficiante la nomina di due commissari.

Il vizio è costituito dall'asserita violazione dell'art. 84, comma 4, del D.lgs. 163/2006 (sostituito dall'art. 77, comma 4, del vigente Codice), per avere i suddetti commissari concorso alla formalizzazione degli atti inerenti la procedura.

Il provvedimento è stato contestano dall'impresa seconda classificata sulla scorta delle seguenti, principali argomentazioni:

1. insussistenza del vizio inficiante la valida composizione della commissione, in considerazione del fatto che nessuno dei commissari, con la sola eccezione del Presidente (rispetto al quale non trova applicazione la causa di incompatibilità di cui all'art. 84, comma 4, del D.lgs. 163/2006), avrebbe redatto il bando di gara, essendosi essi limitati ad approvarlo;

2. indebito annullamento di tutti gli atti di gara, mentre sarebbe stato sufficiente l'annullamento della sola aggiudicazione provvisoria, dei verbali di gara e dell'atto di nomina dell'intera Commissione.

L'art. 84, comma 4, del D.lgs. 163/2006 disciplina una specifica ipotesi di incompatibilità per i componenti della commissione di gara diversi dal Presidente, i quali non devono *aver svolto alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*.

L'esclusione del Presidente dallo spettro applicativo del divieto in parola è coerente con la disposizione normativa di cui al comma 3 del citato art. 84 che attribuisce la presidenza della commissione, in via esclusiva, a un **dirigente o a un funzionario apicale dell'ente**.

In questo quadro normativo è giustificabile che, ad esempio, le funzioni di responsabile del procedimento si cumulino con quelle di componente della commissione di gara, atteso che è *proprio il terzo comma dell'art. 107 t.u. enti locali (D. L.vo 18 agosto 2000 n. 267) ad attribuire alle figure apicali dell'ente sia la responsabilità della procedura di appalto che la presidenza della commissione*[\[1\]](#).

Soprattutto negli enti di piccole dimensioni, è difficile, se non delle volte impossibile separare la fase di preparazione e gestione della procedura di gara da quella della valutazione delle offerte, demandandole a due soggetti diversi. Con l'introduzione dell'obbligo di centralizzazione delle gare ad un livello amministrativo sovraordinato (comma 3bis dell'art. 33 D.lgs. 163/2006) il problema è stato notevolmente ridimensionato, se non del tutto eliminato.

Quanto alla portata del divieto, il Consiglio di Stato, con sentenza dell'adunanza plenaria n. 13 del 7.5.2014, ha evidenziato che la previsione di legge di cui al comma 4 dell'art. 84 è evidentemente destinata a **prevenire il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissione giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale**.

Dalla suddetta sentenza si ricava che l'interesse pubblico rilevante nella problematica *de qua* è, non tanto e non solo quello della imparzialità, cui in ogni caso esso è riconducibile, ma anche la volontà di assicurare che la valutazione sia il più possibile "oggettiva" e cioè non influenzata dalle scelte che l'hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara.

Va registrato l'andamento ambivalente della giurisprudenza sulla questione dell'esatta individuazione dei soggetti che non possono essere membri della commissione tecnica.

Alcune sentenze hanno sposato un'interpretazione elastica della norma sull'incompatibilità, in base alla quale **"non è neppure sufficiente la mera predisposizione materiale del capitolato speciale, occorrendo invero non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per**

***l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario, ..."***[\[2\]](#)

In questa prospettiva, l'esercizio da parte di un commissario di funzioni amministrative con qualifica di dirigente per conto e nell'interesse dell'Amministrazione appaltante e relative alla procedura di gara non integra di per sé la causa di incompatibilità di cui all'art. 84, comma 4, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, atteso che detta norma mira ad impedire la partecipazione alla commissione di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura[\[3\]](#); tale incompatibilità, infatti, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto (es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione etc.), mentre l'incompatibilità non può estendersi anche a funzionari della Stazione appaltante che svolgono incarichi (amministrativi o tecnici) che non sono relativi allo specifico appalto[\[4\]](#).

Altre pronunce hanno, invece, sottolineato come **l'incompatibilità vada intesa in maniera rigida**, fino a comprendere progettisti, dirigenti o professionisti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura, anche aldilà della sottoscrizione dei singoli atti[\[5\]](#).

Secondo questa prospettiva due sono le finalità del divieto: da un lato, **preservare l'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione**; dall'altro lato, viene perseguito il valore dell'**oggettività**, al fine di evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse"[\[6\]](#).

Alla luce di queste finalità, si ritiene che l'incompatibilità deve trovare applicazione **anche se il componente incompatibile si sia limitato a "redigere" gli atti di gara nel senso della materiale compilazione degli stessi, i quali sono stati poi "approvati" dal responsabile del procedimento, unico detentore di competenze decisionali finali**[\[7\]](#).

Il riscontro di una illegittimità nella conduzione di una gara (ad es. nella valutazione delle offerte tecniche) o di uno degli atti propedeutici all'aggiudicazione (ad es. la nomina della commissione giudicatrice il provvedimento di esclusione di un'impresa), laddove conduca alla ripetizione della gara stessa, non necessariamente comporta l'annullamento e la reiterazione dell'intera procedura.

In forza del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici (espressione dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa) è preferibile la soluzione volta ad annullare il solo segmento procedimentale viziato (ad es. quello relativo alla valutazione delle offerte tecniche), rispetto alla soluzione opposta, tesa a invalidare tutta la gara, in tal modo venendosi a ledere la garanzia di effettività della tutela giurisdizionale in

relazione all'interesse leso oggetto di tutela, essendo la pretesa del ricorrente soddisfatta dalla mera rinnovazione della fase "incriminata".

In questo senso l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 30 del 26 luglio 2012, ha affermato che nella gara per l'affidamento di contratti pubblici **l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara**; sicché, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi **ad opera della medesima commissione preposta alla procedura**, in comparazione con le altre offerte coevamente presentate ed ha osservato che la nuova valutazione interviene «allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti.

Tale nuova valutazione si inserisce perciò *"in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla lex specialis ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione... anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione"*. Con la conseguenza che **tali riferimenti "consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della par condicio del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati"**.

La diversa soluzione, con la riapertura della fase di presentazione delle offerte, comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara, giusta i meccanismi di pubblicizzazione previsti dall'art. 120 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Sussiste, quindi, in tale situazione il ben fondato rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che, pertanto, siano volte all'ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico

Analogamente è stato affermato che, **al riscontro dell'illegittimità della valutazione delle offerte tecniche non necessariamente deve conseguire l'annullamento dell'intera gara**. A fronte dell'asserita impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, pena la contravvenzione ai principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* fra i concorrenti, si è rilevato come la possibile violazione dei detti principi possa tranquillamente ritenersi scongiurata tenendo conto, da un lato, che le proposte tecniche non possono essere modificate nonché, dall'altro, che *"il rischio di condizionamenti del giudizio della commissione è evitabile mediante l'analiticità della motivazione e la compiutezza della verbalizzazione"*, che certamente la Commissione giudicatrice provvederà correttamente a rispettare<sup>[8]</sup>.

Viene richiamato in tal senso l'art. [84, comma 12](#), Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale, **in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima Commissione**. Ciò vale anche nell'ipotesi di rinnovazione parziale della gara, in quanto la previsione che a determinate operazioni debba presiedere la medesima Commissione, è coerente con l'importanza primaria dell'omogeneità di giudizi espressi prima e dopo il provvedimento di annullamento. Del resto, la previsione della persistente identità della Commissione sarebbe priva di ragione in ipotesi di ripetizione dell'intera gara ab origine (compreso il bando), e si porrebbe in contrasto con la regola dell'art. [84, comma 10](#), che impone la nomina della Commissione solo dopo la presentazione delle (nuove offerte).

Controverso è, invece, se l'effetto caducante degli atti dell'intera gara possa (o meno) configurarsi nel caso in cui i motivi di annullamento siano relativi all'illegittima **composizione della commissione giudicatrice**. Sul punto si riscontrano due diverse posizioni della giurisprudenza amministrativa.

Secondo un primo orientamento [\[9\]](#), **non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima, ai sensi degli artt. 84, commi 4 e 10, del Codice dei contratti pubblici, anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara**.

Sul punto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 13 del 7 maggio 2013, ha stabilito che *"secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti ..... essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà ..... il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento"*.

Pertanto, vengono travolti per illegittimità derivata tutti **gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio**, ma **non certo gli atti anteriori**, anche in ossequio al principio generale per il quale **l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte**.

In quest'ottica, non si vede perché la rinnovazione delle operazioni di gara dovrebbe essere tanto radicale da incidere su tutti gli atti a monte, compreso il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti in base ai quali è stata indetta la gara, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della commissione, il che non incide affatto, né in senso logico né giuridico, sui predetti atti a monte del procedimento, non inficiandoli in alcun modo. La rinnovazione radicale così disposta, finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara d'appalto, anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi, senza in alcun modo tutelare detti interessi pubblici, ma esclusivamente, ed in modo sbilanciato, l'interesse privato dell'appellante a poter formulare una nuova offerta competitiva.

Diverso orientamento è espresso da un'altra parte della giurisprudenza amministrativa [\[10\]](#), secondo cui nelle gare nelle quali è prevista l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, per principio generale, deve essere mantenuta la **segretezza delle offerte economiche** fino all'esaurimento, da parte della apposita commissione, dell'esame delle offerte tecniche: ciò allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo offerto possa influenzare i componenti della commissione nella formazione dei giudizi tecnici.

Sul problema della conciliabilità dell'enunciato principio, che è volto a garantire la *par condicio* fra i concorrenti, con l'esigenza di assicurare un'effettività di tutela per quelle imprese che siano risultate escluse illegittimamente da una procedura di gara e che, pur essendo già conosciute le offerte economiche delle concorrenti, dovrebbero essere riammesse alla procedura, abbiamo visto che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 30 del 26 luglio 2012, ha trovato un punto di equilibrio nell'opzione per la rinnovazione della solo la fase di esame comparativo delle offerte.

Il principio affermato dall'Adunanza Plenaria si riferisce, tuttavia, ai casi nei quali si procede a riconvocare la **medesima commissione per la rinnovazione della procedura di gara**, ai sensi di quanto disposto dall'art. 84, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (sostituito dall'art. 77, comma 11, del D.lgs. 50/2016). Soluzione che non è evidentemente possibile nel caso in cui si è ritenuta illegittima la stessa composizione della Commissione Tecnica di valutazione delle offerte.

Sotto questo profilo occorre rilevare che **la legge non vieta la sostituzione della commissione là dove la nomina di una nuova sia garanzia di serenità di giudizio**[\[11\]](#).

Nella generalità dei procedimenti di tipo concorsuale non può ritenersi che la composizione della commissione rappresenti per il concorrente un dato sempre neutro ed irrilevante, potendo al contrario lo stesso legittimamente avere interesse a non essere valutato da una determinata commissione piuttosto che da un'altra paventando una alterazione dalle regole di imparzialità che debbono governare le operazioni di valutazione tecnica dei concorrenti[\[12\]](#).

Il *favor* per la continuità delle operazioni di valutazione trova un limite nell'applicazione del principio di imparzialità, tenuto conto delle caratteristiche della valutazione demandata alla commissione di gara, delle modalità con le quali è stata effettuata e delle circostanze nelle quali debba essere rinnovata[\[13\]](#).

Possono sussistere ragioni che impongano l'obbligo di sostituire la precedente commissione giudicatrice, per esempio allorquando la sentenza di annullamento abbia accolto censure inerenti **l'impossibilità di funzionamento per contrasto tra i componenti o per incompatibilità** o per ragioni di garanzia della segretezza, laddove il rinnovo parziale della gara comporta la conoscenza anticipata delle offerte formulate dai concorrenti.

In tali situazioni, la riconvocazione della medesima commissione può effettivamente minare quei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa di valenza costituzionale e comunitaria[\[14\]](#).

Del resto, conformandosi ai delineati principi giurisprudenziali, che temperano la regola della

riconvocazione della medesima commissione aggiudicatrice nei casi di rinnovo di una procedura di gara con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa<sup>[15]</sup>, il nuovo Codice, all'art. 77, comma 11, precisa che **la detta regola non si applica ogniqualevolta si è in presenza di un vizio inficiante la composizione dell'organo (ad esempio per la sussistenza di una causa di incompatibilità o astensione).**

Sotto il profilo sostanziale, inoltre, va rilevato che la deroga al principio che impone la segretezza delle offerte economiche fino alla conclusione della fase di valutazione delle proposte tecniche è stata giustificata dall'Adunanza Plenaria solo perché occorre procedere alla valutazione di un'unica offerta (illegittimamente pretermessa) in un quadro generale già ben definito, sia attraverso la predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte sia attraverso la valutazione (già compiuta dalla stessa commissione) delle offerte tecniche degli altri concorrenti.

Tale deroga non opera, invece, quando le descritte condizioni non sussistano, dovendo essere rivalutate da una **nuova commissione le offerte di più concorrenti** e mancando, per effetto dell'annullamento della nomina della commissione tecnica e di tutti gli atti da questa posti in essere, quei parametri precisi che possono consentire (e giustificare) un possibile esame di offerte tecniche anche quando sono già conosciute le offerte economiche.

Alle condizioni date, si ritiene pertanto che non sia possibile procedere ad un nuovo esame, da parte di una nuova commissione, delle offerte tecniche già presentate dalle concorrenti dovendo essere consentita una nuova valutazione di offerte non condizionata dalla conoscenza delle offerte economiche. **Ciò può essere reso possibile attraverso la riapertura dei termini per la presentazione di nuove offerte sia tecniche che economiche."**

La seconda sezione del Tar Lecce ha optato per quest'ultima soluzione ermeneutica ritenendola la più acconcia alla fattispecie sottoposta al suo scrutinio.

In particolare, quanto al primo motivo di contestazione, la Sezione dichiara di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, *"in materia di procedure di gara d'appalto, sussiste l'incompatibilità prevista dall'art.84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, quando un commissario di gara ha partecipato alla **predisposizione di atti della lex specialis della procedura.**"*<sup>[16]</sup>

Seguendo questa linea di ragionamento deve ritenersi che **l'approvazione dei suddetti atti non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione.** Essa integra proprio una *«funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»* il cui svolgimento è precluso ai componenti la commissione giudicatrice che, pertanto, nel caso concreto, risulta viziata nella sua composizione proprio perché due componenti – pur senza aver materialmente redatto gli atti di gara – hanno concorso alla loro formalizzazione

Sotto altro profilo il Collegio reputa la decisione della stazione appaltante di annullare l'intera

procedura di gara come la più idonea nel caso di specie, in cui **l'accertato vizio di composizione della commissione giudicatrice impone la nomina di nuovi commissari i quali, ove fossero chiamati a rivalutare le proposte tecniche già presentate dai concorrenti, sulla base di un autonomo e nuovo parametro di giudizio e senza alcun condizionamento rispetto a precedenti valutazioni, mai svolte, per di più conoscendo il contenuto delle rispettive offerte economiche, non garantirebbero un giudizio scevro dal rischio di favoritismi.**

[1] *Cfr. ex plurimis Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 5322 del 18.09.2003; Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 2143 del 06.04.2009.*

[2] *Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 1565 del 23.03.2015; Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 226 del 22.1.2015*

[3] *Cfr. Tar Campania - Napoli sez. I, sentenza n. 455 del 30 gennaio 2012.*

[4] *Cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 242 del 25.01.2016; Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 4332 del 15.07.2011; Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 5456 del 05.11.2014.*

[5] *Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 3316 del 14.6.2013; Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 5057 del 13.10.2014.*

[6] *Cfr. T.r.g.a. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, sentenza n. 11 del 05.01.2016.*



[7] *Cfr. in termini anche Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 5441 del 04.11.2014.*

[8] *Cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 2159 del 27.04.2015; Consiglio di Stato sez. VI, sentenza n. 4514 del 04.09.2014; Consiglio di Stato sez. VI, sentenza n. 1332 del 08.03.2012.*

[9] *Cfr. Consiglio di stato, sez. V, sentenza n.5732 del 21.11.2014.*

[10] *Cfr. Consiglio di stato, sez. III, sentenza n.5057 del 13.10.2014 – cit.*

[11] *Cfr. Tar Lombardia - Milano sez. IV, sentenza n. 1424 del 19.06.2015.*

[12] *Cfr. Tar Umbria, sentenza n. 539 del 7.11. 2014.*

[13] *Cfr. Consiglio di stato, sez. III, ordinanza n. 1260 del 19.3.2015.*

[14] *Cfr. Tar Umbria, sentenza n. 539 del 7.11. 2014 – cit..*

[15] *Sul punto vds. anche Consiglio di stato, sez. III, sentenza n.5057 del 13.10.2014.*

[16] *Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 242 del 25.01.2016*

- omissis -

Axa Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Pepe, ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Lecce, Via Augusto Imperatore n. 16;

contro

Parco Naturale Regionale Costa Otranto Santa Maria di Leuca e Bosco di Tricase, in persona del legale rappresentante p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriella De Giorgi Cezzi, con domicilio eletto presso la stessa in Lecce, Via G. Paladini n. 50;

nei confronti di

Associazione (Co)Architetture, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

per l'annullamento

della delibera del Comitato esecutivo del Parco 27.1.2016 n. 3 avente ad oggetto "*SAC Porta d'Oriente - Operazione La Ciclorete del SAC. Annullamento in autotutela della delibera a contrarre n. 57/2015*", comunicata a mezzo pec in data 15.4.2016; di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi e nei limiti dell'interesse della ricorrente, di tutti gli atti di gara (verbali, aggiudicazione, provvisoria, ecc) nella parte in cui ammettono e/o

presuppongono l'ammissione a gara del RTI (CO)Architetture;

per il risarcimento del danno, con contestuale istanza di accesso ex art. 116 cpa alla documentazione presentata in gara dall'associazione (CO)Architetture;

- omissis -

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Parco Naturale Regionale Costa Otranto Santa Maria di Leuca e Bosco di Tricase;

- omissis -

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

- omissis -

#### FATTO e DIRITTO

1. La AXA s.r.l. (d'ora innanzi, per brevità, anche solo AXA), odierna ricorrente, e l'associazione (CO)Architetture sono state le sole partecipanti alla procedura aperta – da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - indetta dal Parco Naturale Regionale "Costa Otranto – S. Ma-ria di Leuca e Bosco di Tricase" (in prosieguo, per brevità, anche solo Parco) con delibera del 27 novembre 2015, n. 57, per l'affidamento del servizio di gestione della ciclorete del SAC Porta d'Oriente.

La AXA ha contestato, sin dalla prima seduta del seggio di gara (23 dicembre 2015), l'ammissione alla gara della (CO)Architetture poiché quest'ultima non avrebbe prodotto una valida attestazione dell'avvenuto sopralluogo, la cui produzione era prevista a pena di esclusione.

La Commissione giudicatrice ha comunque ammesso l'offerta della (CO)Architetture, che è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara.

In esito all'istanza presentata dalla AXA il 4 aprile 2016, il 15 aprile 2016 l'Amministrazione ha trasmesso - mediante posta elettronica certificata - la delibera del Comitato esecutivo del 27 gennaio 2016, n. 3, con cui sono stati annullati in autotutela – ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 – *“gli atti della procedura di gara di cui alla deliberazione del Comitato esecutivo n. 27/2015, nonché il verbale di aggiudicazione provvisoria del 28.12.15”* per la violazione dell'art. 84, comma 4°, del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché - mentre le funzioni di estensore degli atti di gara, responsabile unico del procedimento e presidente della Commissione, sono state concentrate nella persona di un componente del Comitato esecutivo che aveva indetto la gara con delibera n. 51/2015 – due componenti della Commissione di gara sono stati individuati nelle persone di altri due componenti del Comitato esecutivo, con conseguente violazione dell'indicato art. 84, comma 4°, del d.lgs. n. 163 del 2006, derivante dal fatto che il Comitato esecutivo, approvando gli atti di gara, avrebbe sia predisposto questi ultimi, sia assunto la funzione di Commissione giudicatrice.

Di qui la necessità di procedere, in autotutela, all'annullamento degli atti di gara, considerato che *“la conoscenza da parte dei commissari delle offerte esclude automaticamente la possibilità di affidarle ad una commissione diversa, pena la violazione del principio di segretezza delle offerte”*.

1.1. Con il ricorso in esame, la AXA ha, quindi, impugnato la delibera del Comitato esecutivo del Parco del 27 gennaio 2016, n. 3, avente ad oggetto *“SAC Porta d’Oriente – Operazione La Ciclorete del SAC. Annullamento in autotutela della delibera a contrarre n. 57/2015”* comunicata a mezzo pec in data 15 aprile 2016, nonché ogni altro atto presupposto, connesso e preliminare, ivi compreso e nei limiti dell'interesse della ricorrente tutti gli atti di gara (verbali, aggiudicazione provvisoria, ecc.) nella parte in cui ammettano e/o presuppongono l'ammissione a gara del RTI (CO)Architetture; essa ha chiesto, altresì, il risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione, ovvero, in subordine, mediante rinnovazione della valutazione delle offerte e, in subordine, per equivalente, con contestuale istanza di accesso ex art. 116, comma 2° cod. proc. amm., alla documentazione di gara presentata dalla (CO)Architetture.

La AXA ha precisato che l'impugnazione mirerebbe all'annullamento integrale o, in subordine, parziale della delibera n. 3 del 2016 con la quale il Parco ha annullato in autotutela l'intera procedura di gara, nell'ambito della quale essa si è collocata al secondo posto; e ha sostenuto che in caso di annullamento parziale, limitato alla sola parte della indicata delibera che ha disposto l'annullamento dell'intera procedura di gara anziché limitarsi alla nomina di una nuova Commissione, essa riacquisterebbe una *chance* di aggiudicazione, poiché le due offerte prodotte dovrebbero essere sottoposte al vaglio di una nuova Commissione. Dall'annullamento integrale della delibera n. 3 del 2016, deriverebbe la reviviscenza dell'intera procedura di gara, ivi compresa l'aggiudicazione alla (CO)Architetture, provvedimento che la ricorrente impugna, censurando l'ammissione dell'aggiudicataria (provvisoria) alla gara.

1.3. Si è costituito il Parco Naturale Regionale *“Costa Otranto – S. Maria di Leuca e Bosco di Tricase”* che ha controdedotto nel merito, preliminarmente eccependo l'irricevibilità del ricorso e l'inammissibilità dello stesso per carenza di interesse.

1.4. Nel corso della camera di consiglio del giorno 11 maggio 2016, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, è stata data comunicazione alle parti costituite della possibilità di una decisione in forma semplificata, sussistendo i presupposti di cui all'art. 60 cod. proc. amm..

2. Il ricorso è in parte infondato e in parte inammissibile.

Ciò consente di non procedere all'esame preliminare delle eccezioni in rito formulate dal Parco e consente in parte di prescindere.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la AXA ha impugnato gli atti innanzi indicati per *“illegittimità della delibera del Comitato esecutivo n. 3/16 per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 84 c. 4 DLgs.163/06. Violazione artt. 21 octies e 21 nonies L.n. 241/90. In subordine, violazione dei medesimi articoli anche sotto ulteriore profilo. Illegittimità delle delib. n. 3/16 nella parte in*

*cui annulla tutti gli atti di gara e non si limita a procedere alla nomina di una nuova Commissione".* La AXA ha affermato l'insussistenza del vizio che ha determinato l'annullamento in autotutela di tutti gli atti di gara, poiché nessuno dei componenti della Commissione di gara, con la sola eccezione del Presidente, avrebbe redatto il bando di gara che reca solo la sottoscrizione del responsabile unico del procedimento, che ha poi assunto la funzione di Presidente della Commissione di gara. Gli altri due componenti della Commissione, nella qualità di membri del Comitato esecutivo, si sarebbero limitati ad approvare gli atti di gara dei quali solo il responsabile del procedimento sarebbe stato estensore. Secondo la ricorrente, non vi sarebbe alcun vizio genetico della procedura di gara, integrante una violazione di legge tale da imporre l'annullamento dell'intera procedura di gara.

La AXA ha, inoltre, sostenuto che ove si dovesse ritenere che l'approvazione degli atti di gara da parte di due componenti del Comitato esecutivo, che hanno assunto anche il ruolo di componenti della Commissione giudicatrice, sia illegittima e vizi la composizione della Commissione giudicatrice, la delibera n. 3 del 2016 sarebbe comunque illegittima nella parte in cui ha disposto l'annullamento dell'intera procedura di gara anziché limitarsi all'annullamento della sola aggiudicazione provvisoria, dei verbali di gara e dell'atto di nomina dell'intera Commissione. Mirerebbe, in tal modo, a far sì che vengano mantenute ferme le offerte e che la nuova Commissione le valuti discrezionalmente.

Il motivo è infondato in tutte le sue articolazioni.

Rileva, preliminarmente, il Collegio che *«in materia di procedure di gara d'appalto, sussiste l'incompatibilità prevista dall'art.84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, quando un commissario di gara ha partecipato alla predisposizione di atti della lex specialis della procedura»* (Cons. Stato Sez. V, 25-01-2016, n. 242) e che la giurisprudenza ha chiarito che *«il comma 4 dell'art. 84 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) (secondo cui "i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta") è prescrizione che mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; quello dell'oggettività, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse»* (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, 05-01-2016, n. 11).

In questa prospettiva, è evidente che l'aver approvato gli atti di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione. Ne deriva che l'approvazione degli atti di gara integra proprio una *«funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»* il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice che, pertanto, nel caso concreto, risulta viziata nella sua composizione proprio perché due componenti – pur senza aver materialmente redatto gli atti di gara – hanno concorso alla loro formalizzazione.

Precisato che dall'esame del provvedimento impugnato risulta che l'Amministrazione ha inteso annullare l'intera procedura di gara, come si evince chiaramente dalle premesse dello stesso provvedimento, in cui tra gli atti in relazione ai quali procedere all'annullamento in via di autotutela, si indica espressamente anche il bando, è infondata anche la censura secondo la quale la delibera impugnata sarebbe illegittima perché non avrebbe dovuto prevedere l'annullamento dell'intera procedura di gara, bensì solo la rinnovazione degli atti della procedura a partire dal provvedimento di nomina della Commissione, con conseguente riesame delle offerte già prodotte da parte di una nuova Commissione.

La questione è stata ampiamente dibattuta e oggetto di una pronuncia del 7 maggio 2013, n. 13, dell'Adunanza Plenaria che con l'indicata decisione ha confermato l'operato del giudice di primo grado che, in ragione della illegittima composizione della Commissione, aveva annullato l'intero procedimento di gara. In tal senso il Supremo Consesso ha affermato che «è naturale che, secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento».

*Il primo giudice ha specificato nella sentenza appellata (pagina 10, rigo settimo e quartultimo rigo) come si imponeva la rinnovazione integrale della procedura e come ciò costituisse il vero ristoro per la ricorrente.*

*Si tratta cioè di ipotesi in cui il vizio dell'aggiudicazione comporta l'obbligo di rinnovare la gara integralmente (arg. ex art. 122 c.p.a., che fa riferimento proprio "alla luce dei vizi riscontrati" per i casi in cui il vizio dell'aggiudicazione determini necessariamente "l'obbligo di rinnovare la gara") e non potrebbe essere altrimenti, a differenza di quanto sostiene parte appellante, a prescindere dalla declaratoria formale di inefficacia del contratto».*

La AXA ha richiamato a sostegno delle proprie argomentazioni, in funzione di una rinnovazione degli atti della procedura a partire dal provvedimento di nomina della Commissione, la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5732, secondo la quale «é evidente che, per contro, non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima, ai sensi degli artt. 84, commi 4 e 10, del Codice dei contratti pubblici, anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara, atteso che la stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13, emessa proprio in materia di gare per concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale, ed invocata da entrambe le parti con accenti differenti, ha stabilito inequivocamente e perentoriamente che "secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento"».

*Pertanto, vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo gli atti anteriori, anche in ossequio al principio*

generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte.

*D'altro canto, non si vede perché la rinnovazione delle operazioni di gara dovrebbe essere tanto radicale da incidere su tutti gli atti a monte, compreso il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti in base ai quali è stata indetta la gara, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della commissione, il che non incide affatto, né in senso logico né giuridico, sui predetti atti a monte del procedimento, non inficiandoli in alcun modo.*

*La rinnovazione radicale così disposta, come aspirerebbe parte appellante, finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara d'appalto, anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi, senza in alcun modo tutelare detti interessi pubblici, ma esclusivamente, ed in modo sbilanciato, l'interesse privato dell'appellante a poter formulare una nuova offerta competitiva.*

*Peraltro, l'espressione "rinnovazione della gara", cui fa menzione l'art. 122 c.p.a., evocato dall'anzidetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria 7 maggio 2013, n. 13, è compatibile con la sola rinnovazione delle valutazioni discrezionali, poiché una nuova commissione, rinominata in modo integrale, esercitando ex novo la discrezionalità tecnica che le è riconosciuta, potrebbe anche ribaltare l'esito della gara; in questo senso, si tratta di una "rinnovazione", cui può riferirsi l'espressione utilizzata dal legislatore nell'anzidetto art. 122 c.p.a.».*

Tali pur pregevoli argomentazioni non sono, tuttavia, condivisibili per le penetranti ragioni – dalle quali il Collegio non ha motivo di discostarsi - esposte dal Consiglio di Stato, Sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057, che in maniera puntuale - in relazione ad una procedura di gara che, come quella interessata dai provvedimenti impugnati, doveva essere aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - ha statuito che «*nelle procedure nelle quali è prevista l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, l'automaticità della valutazione esclude che la mancata operatività dei principi di continuità e segretezza possa comportare effetti pregiudizievoli in ordine alla obiettività ed omogeneità delle valutazioni compiute. Con la conseguenza che, dovendo essere svolte solo valutazioni di ordine aritmetico, l'avvenuta conoscenza degli autori delle offerte non impedisce l'eventuale parziale rinnovazione del procedimento, a partire dall'ultimo atto eventualmente annullato.*

*Nelle gare nelle quali è prevista l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per principio generale, deve essere mantenuta la segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento, da parte della apposita commissione, dell'esame delle offerte tecniche: ciò allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo offerto possa influenzare i componenti della commissione nella formazione dei giudizi tecnici.*

*Si è posto quindi il problema di come conciliare, nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale principio, che è volto a garantire la par condicio fra i concorrenti, con l'esigenza di assicurare un'effettività di tutela per quelle imprese che siano risultate escluse illegittimamente da una procedura di gara e che, pur essendo già conosciute le offerte economiche delle concorrenti, dovrebbero essere riammesse alla procedura.*

*L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 30 del 26 luglio 2012, ha in proposito affermato che, anche nelle procedure che si svolgono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possa esservi un rinnovo degli atti, anche dopo l'avvenuta conoscenza delle offerte economiche, limitato alla sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla gara.*

*Secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria è quindi possibile, anziché rinnovare l'intero procedimento, mantenere ferma la fase di presentazione delle offerte e rinnovare solo la fase di esame comparativo delle offerte.*

*Per giustificare tale eccezione al principio secondo il quale, come si è ricordato, nelle gare che si svolgono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere mantenuta la segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento, da parte della apposita commissione, dell'esame delle offerte tecniche, l'Adunanza Plenaria, ha ricordato che la pretesa fatta valere da un concorrente illegittimamente pretermesso non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre offerte coevamente presentate ed ha osservato che la nuova valutazione interviene «allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti».*

*Tale nuova valutazione si inserisce perciò, aggiunge la Plenaria, «in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla lex specialis ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione... anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione». Con la conseguenza che tali riferimenti«consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della par condicio del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati».*

*Nella fattispecie, il principio affermato dall'Adunanza Plenaria non può tuttavia trovare applicazione.*

*In primo luogo perché tale principio si riferisce ai casi nei quali si procede a riconvocare la medesima Commissione per la rinnovazione della procedura di gara, ai sensi di quanto disposto dall'art. 84, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.*

*Soluzione che non è evidentemente possibile nel caso in esame nel quale si è ritenuta illegittima la stessa composizione della Commissione Tecnica di valutazione delle offerte.*

*Ma tale principio non è applicabile anche per ragioni di carattere sostanziale.*

*Infatti, la deroga al principio che impone la segretezza delle offerte economiche fino alla conclusione della fase di valutazione delle offerte tecniche è stata giustificata dall'Adunanza Plenaria solo perché occorre procedere alla valutazione di un'unica offerta (illegittimamente pretermessa) in un quadro generale già ben definito, sia attraverso la predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte sia attraverso la valutazione (già compiuta dalla stessa*



*Commissione) delle offerte tecniche degli altri concorrenti.*

*Mentre, nella fattispecie, tali specifiche condizioni non sussistono, dovendo essere rivalutate da una nuova Commissione le offerte di più concorrenti e mancando, per effetto dell'annullamento della nomina della Commissione Tecnica e di tutti gli atti da questa posti in essere, quei parametri precisi che possono consentire (e giustificare) un possibile esame di offerte tecniche anche quando sono già conosciute le offerte economiche.*

*(...omissis...)*

*La Sezione ritiene pertanto che non sia possibile procedere, nella fattispecie, ad un nuovo esame, da parte di una nuova Commissione, delle offerte tecniche già presentate dalle concorrenti dovendo essere consentita una nuova valutazione di offerte non condizionata dalla conoscenza delle offerte economiche.*

*Ciò può essere reso possibile attraverso la riapertura dei termini per la presentazione di nuove offerte sia tecniche che economiche».*

Come innanzi esposto, il Collegio condivide pienamente le argomentazioni innanzi rappresentate, formulate in relazione ad una fattispecie del tutto analoga a quella in esame.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso, la AXA ha censurato l'ammissione alla gara della (CO)Architetture – in quanto non avrebbe prodotto l'attestazione dell'avvenuto sopralluogo, la cui produzione era prevista a pena di esclusione –*«sia nella prospettiva del parziale annullamento della delibera n. 3/16, con conseguente nomina di una nuova Commissione e rinnovazione del procedimento, sia, a maggior ragione, di quella del totale annullamento con conseguente reviviscenza di tutti gli atti di gara».*

Con il terzo motivo di ricorso, la AXA ha lamentato la violazione dell'art. 22 e ss. della legge n. 241/1990, chiedendo che venga ordinata alla stazione appaltante l'esibizione degli atti richiesti con istanza di accesso del 4 aprile 2016 al fine di verificare *“la legittimità dell'ammissione a gara della controinteressata (...) nella prospettiva tanto della reviviscenza quanto della rinnovazione della gara”.*

A seguito della reiezione del primo motivo di ricorso, in tutte le sue articolazioni, con conseguente rinnovazione degli atti della procedura di gara, la ricorrente – contrariamente a quanto dalla stessa ritenuto - non ha alcun interesse a censurare la partecipazione alla gara della (CO)Architetture la quale dovrà presentare una nuova offerta tecnica ed economica che rientrerà negli esclusivi compiti della nuova Commissione valutare.

Di qui l'inammissibilità delle censure in questione e della c.d. *actio ad exhibendum*.

3. Conclusivamente il ricorso va in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.

4. Quanto alle spese di giudizio, le stesse, tenuto conto della peculiarità della fattispecie

dedotta e della non univocità della giurisprudenza a riguardo, vanno compensate per la metà e poste a carico della ricorrente per l'altra metà, così come liquidata in dispositivo.

- omissis -