

## **Apertura delle offerte economiche da parte del seggio di gara in composizione monocratica.**

*di Roberto Manservigi*

*Data di pubblicazione: 10-11-2017*

1. E' legittima l'apertura delle offerte economiche effettuata dal seggio di gara in composizione monocratica anziché dalla commissione giudicatrice.

### **Guida alla lettura**

Il profilo di maggior interesse esaminato dalla sentenza in esame riguarda l'ammissibilità della scomposizione delle attività tra il cd. "seggio di gara" e la commissione giudicatrice, laddove il primo, in composizione monocratica, ha curato la verifica della documentazione amministrativa nonché l'attribuzione del punteggio per le offerte economiche, mentre la commissione giudicatrice si è occupata della valutazione discrezionale delle offerte tecniche e della loro graduazione nel merito.

Il T.A.R., in particolare, rigetta la censura secondo cui si sarebbero avute due commissioni per la valutazione delle offerte economiche e tecniche, atualizzando un orientamento già manifestatosi in vigenza del d. lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, III, 8 settembre 2015, n. 4190) ed osservando che le norme dettate dal D. Lgs. n. 50/2016 sulla commissione giudicatrice si riferiscono prevalentemente alla sua composizione e modalità di costituzione e non anche, invece, al relativo funzionamento, che, in virtù dell'intervenuta abrogazione delle norme contenute in merito dal d.P.R. n. 207/2010, è ora sottoposto alla disciplina fissata dalla singola stazione appaltante. Pertanto, in difetto di violazioni su composizione e funzionamento della commissione giudicatrice, si sottolinea come il seggio di gara abbia posto in essere attività per le quali non si rendeva necessaria alcuna specifica competenza tecnica, laddove alla commissione giudicatrice è stata riservata la valutazione delle offerte tecniche, espressione della discrezionalità.

A sostegno del proprio ragionamento il T.A.R. richiama anche la giurisprudenza che ha affermato l'insussistenza in capo ai singoli componenti della commissione giudicatrice dell'obbligo di indicare i punteggi da essi attribuiti, deducendone, per analogia, che la commissione medesima poteva lavorare per sotto fasi ed operare in composizioni diverse. Gli ulteriori richiami contenuti nella sentenza ad altri precedenti riguardanti l'incompatibilità tra commissari e ruolo di dirigenti/responsabile di servizio e Rup ovvero alla mancata verbalizzazione delle operazioni di gara sono finalizzati ad evidenziare che le censure sulla composizione monocratica del seggio di gara o sull'assenza di testimoni nello svolgimento delle relative attività devono, comunque, essere supportate dalla dimostrazione concreta di un'effettiva interferenza sulle operazioni di gara.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna****(Sezione Seconda)****ha pronunciato la presente****SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 179 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Wilocs S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Silvia Felicetti, con domicilio eletto presso lo studio Annarita Bove in Bologna, via S. Stefano N. 25;

***contro***

Azienda Usl di Bologna Servizio Acquisti Metropolitan non costituito in giudizio;  
Azienda Usl di Bologna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Argnani, Arianna Cecutta, con domicilio eletto presso lo studio Azienda Usl di Bologna in Bologna, via Castiglione N. 29;

***nei confronti di***

Netquadro Rete D'Imprese non costituito in giudizio;

Netquadro Rete di Imprese, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Aureli, Marco Di Lullo, Alessandro Daino, Antonio Mittiga, con domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Aureli in Roma, viale Parioli 180;

***per l'annullamento***

- della determinazione n. 0000211 del 24.1.2017 con la quale l'Azienda USL di Bologna Servizio Acquisti Metropolitan, in seguito ad espletamento di procedura aperta per la fornitura quinquennale di protesi odontoiatriche mobili e fisse (lotto 1) e materiale implantologico (lotto 2), ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della NetQuadro Rete d'Imprese della fornitura quinquennale di protesi odontoiatriche mobili e fisse (lotto 1), per un importo stimato, IVA esclusa, di euro 2.447.415,00 (CIG 6717228FE3);

- della comunicazione ex art. 76 del D.lgs. 50/2016 prot. 0010803 del 25.1.2017, inviata all'esponente in pari data via PEC, con la quale l'Azienda USL di Bologna ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore della NetQuadro;

- dei verbali della commissione di gara del 29.7.2016, del 7.10.2016, del 21.10.2016, del 15.12.2016, del 29.12.2016 e relativi allegati, e dell'aggiudicazione provvisoria disposta in

favore di NetQuadro;

- per quanto occorrer possa e nei limiti di interesse del ricorrente, del Bando di gara, della lettera di invito e del Capitolato Speciale con i relativi allegati;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché non conosciuto, idoneo ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridico patrimoniale dell'esponente, con la declaratoria di inefficacia del contratto se nel frattempo stipulato con la NetQuadro e subentro dell'esponente nel contratto o, in via subordinata, il risarcimento per equivalente.

In via gradata, si chiede l'annullamento dell'intera procedura di gara, con ogni consequenziale statuizione anche in ordine al rimborso delle spese (ivi compreso il contributo unificato), delle competenze e degli onorari di giudizio.

E per l'annullamento degli ulteriori atti di cui ai motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda UsI di Bologna e di Netquadro Rete di Imprese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2017 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha chiesto l'annullamento dei seguenti atti :

a). determina n. 0000211 del 24.1.2017 con cui l'azienda USL di Bologna servizi acquisti metropolitano, in seguito a espletamento di procedura aperta per la fornitura quinquennale di protesi odontoiatriche mobile e fisse, e materiale implantologia (lotto 2) ha disposto la aggiudicazione definitiva in favore di NETQuadro rete di imprese della fornitura quinquennale di protesi odontoiatriche mobili e fisse (lotto 1).

b). comunicazione ex art. 76 del D.lgs. 50/2016 prot. 0010803 del 25.1.2017, inviata all'esponente in pari data via PEC, con la quale l'Azienda USL di Bologna ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore della NetQuadro;

c). verbali della commissione di gara del 29.7.2016, del 7.10.2016, del 21.10.2016, del

15.12.2016, del 29.12.2016 e relativi allegati, e dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore di NetQuadro;

d). per quanto occorrer possa e nei limiti di interesse del ricorrente, del Bando di gara, della lettera di invito e del Capitolato Speciale con i relativi allegati.

Il ricorso è stato supportato dai seguenti motivi di diritto :

1). Violazione e falsa applicazione della lettera di invito e dell'art. 95 DLGS 50/2016, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, perplessità palese e sviamento;

2). Violazione e falsa applicazione della lettera di invito, del capitolato speciale, dell'art. 95 DLGS 50/2016; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta, violazione della par condicio dei concorrenti, violazione dei principi di non discriminazione e trasparenza, contraddittorietà, difetto di motivazione, sviamento;

3). Violazione art. 77 DLGS 50/2016; violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della azione amministrativa, in quanto violati il principio di collegialità nella valutazione delle offerte e quello della unicità della commissione giudicatrice, eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza;

4). Violazione e o falsa applicazione art. 6 e art. 37 DLGS 33/2013 e dei correlati obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni; violazione e o falsa applicazione art. 29 DLGS 50/2016; violazione del principio di pubblicità della seduta per l'apertura delle offerte economiche;

5). Violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara in quanto la lex specialis ha ommesso di prevedere l'obbligo di apertura e di verifica dei manufatti realizzati in pubblica seduta e in ogni caso la stazione appaltante non ha proceduto alla apertura dei pacchi contenenti i manufatti realizzati in seduta pubblica, nonostante la lex specialis configuri la produzione dei manufatti come un elemento essenziale della offerta.

Successivamente la ricorrente ha notificato motivi aggiunti.

Con i motivi aggiunti ha impugnato :

a). determina 930 del 27.3.2017 con cui la PA dopo aver annullato la precedente aggiudicazione disposta in favore di NETQUADRO (determina 211/2016) nella parte relativa al Lotto 1 della fornitura (protesi odontoiatriche e fisse) e riammesso l'esponente al prosieguo delle operazioni relative al Lotto 1 ha aggiudicato la fornitura alla NETQUADRO;

b). nota del 29.3.2017 n. 0039685 con cui l'Azienda USL di Bologna ha comunicato la adozione della predetta deliberazione.

Si sono costituite in replica entrambe le controparti.

La NETQUADRO e la AUSL Bologna replicano quanto segue :

- a). eccepiscono violazioni della disciplina sul processo telematico (il ricorso e i motivi aggiunti sarebbero stati depositati nella sola forma cartacea priva di sottoscrizione digitale e poi il deposito digitale sarebbe intervenuto tardivamente);
- b). lamentano genericità dei motivi aggiunti (la ricorrente ha impugnato il nuovo provvedimento di aggiudicazione ma non ha riportato alcuna censura ad esso relativa);
- c). replicano sulla infondatezza nel merito delle censure dedotte;
- l). In via preliminare devono essere richiamati gli eventi.

In particolare :

- a). con bando di gara inviato il 14.6.2016 all'Ufficio pubblicazioni ufficiali della UE la Azienda USL di Bologna ha indetto una procedura aperta da esperire con le modalità di cui al DLGS 50/2016 per la fornitura quinquennale di protesi odontoiatriche mobili e fisse (lotto 1) e materiale implantologico (lotto 2) per un valore stimato, IVA esclusa, di € 2.517.465,00. Il sistema di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 del DLGS 50/2016, con punti 40 all'elemento prezzo e punti 60 all'elemento qualità;
  - b). in data 29.7.2016 si svolgeva la seduta pubblica; e in data 7.10.2016 si teneva la seduta non pubblica. Peraltro, la Commissione riteneva opportuno creare un sottogruppo tecnico con il compito di effettuare attività istruttoria e preliminare delle singole proposte per relazionare, poi, alla Commissione in seduta plenaria;
  - c). nella seduta non pubblica del 15.12.2016 il maggior punteggio all'elemento qualità risultava attribuito – per entrambi i lotti di gara – alla NETQUADRO.
  - d). con determina n. 211 del 24.1.2017 interveniva determina di aggiudicazione alla NETQUADRO;
  - e). nelle more del giudizio, è intervenuto atto di autotutela. Al riguardo, con determina 930 del 27.3.2017 la PA - dopo aver annullato la precedente aggiudicazione disposta in favore di NETQUADRO (determina 211/2016) nella parte relativa al Lotto 1 della fornitura (protesi odontoiatriche e fisse) - ha riammesso l'esponente al prosieguo delle operazioni relative al Lotto 1 ha aggiudicato nuovamente la fornitura alla NETQUADRO.
- II). Tanto premesso nel merito il ricorso è infondato.
- Può prescindere dalle eccezioni preliminari svolte dalle parti in replica.
- A). Con il primo motivo l'interessata sostiene che i punteggi, sebbene rispondenti alle prescrizioni della lettera di invito e correttamente riportati nella Tabella valutazione prove risultano erroneamente trascritti.

Il motivo è divenuto improcedibile in ragione del successivo atto intervenuto in sede di autotutela.

Come si è già anticipato, successivamente alla proposizione del ricorso, con determinazione n. 854 del 21.3.2017 e determina 930 del 27.3.2017, la PA – alla luce delle censure sollevate (primo motivo del ricorso), la PA ha riscontrato la effettiva sussistenza dell'errore lamentato, ha annullato la aggiudicazione (determina n. 211/2016) e ha riammesso l'esponente al prosieguo delle operazioni di gara relative al Lotto 1 (avendo la stessa conseguito il punteggio complessivo di 32,43).

B). Nella restante parte il ricorso è infondato.

2). Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che a ciascun concorrente sono state affidate prove pratiche diverse (per la protesi mobile e quella scheletrata) e gli atti di gara non autorizzavano questo.

Replicano le controparti.

Il Collegio ritiene non condivisibile la prospettazione dell'attore.

In primis, la ricorrente non ha impugnato la lettera di invito.

La stessa stabiliva che : “le ditte concorrenti, in possesso dei requisiti tecnici minimi dei materiali, pena esclusione, dovranno effettuare le prove pratiche presso le strutture sanitarie territoriali ed ospedaliere della AUSL individuate dalla commissione giudicatrice; le prove verteranno sulla produzione di manufatti protesici, secondo le prescrizioni e le indicazioni fornite dalla commissione giudicatrice in relazione ai diversi casi clinici individuati”.

Dunque la *lex specialis* chiariva – espressamente – che le prove pratiche sarebbero state effettuate su diversi casi clinici; inoltre la circostanza che l'inevitabile diversità delle prove abbia svantaggiato la ricorrente è frutto di una mera congettura di parte.

Peraltro, la giurisprudenza è pacifica nell'escludere la ammissibilità di censure impingenti nel merito dell'azione amministrativa.

Le censure dedotte sono sia inammissibili, perché impingono nel merito delle valutazioni dell'organo tecnico e sono basate su congetture.

Le stesse sono – poi - inaccoglibili nella parte in cui mirano ad affidare al consulente e al giudice la valutazione di aspetti inerenti il contenuto tecnico delle scelte discrezionali effettuate dal seggio di gara pur non ricorrendo un'ipotesi di giurisdizione di merito; la conseguenza sarebbe l'ingerenza in ambiti che, nei limiti della opinabilità e non abnormità delle relative valutazioni, sono riservati all'amministrazione (cfr. ex plurimis e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2444, relativa alla inammissibilità di una c.t.u. indirizzata a valutare le scelte tecniche rimesse al seggio di gara).

3). Con il terzo motivo la ricorrente lamenta che la valutazione delle offerte economiche veniva svolta il 29.12.2016 dalla Prima commissione a composizione monocratica e senza l'assistenza di testimoni.

Insiste nel sostenere che la procedura sarebbe illegittima in quanto si sarebbero avute <due commissioni per la valutazione delle offerte economiche e tecniche>.

L'articolo 77 del Decreto Legislativo 50/2016 ("Codice Contratti Pubblici" o "Codice") ha disciplinato la commissione giudicatrice, cioè l'organo straordinario, composto da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto, cui è affidata la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Le norme dettate dal Codice dei Contratti Pubblici relativamente alla commissione di aggiudicazione, si riferiscono prevalentemente alla composizione e alle modalità di costituzione della stessa, non anche al suo funzionamento, il quale, a seguito dell'abrogazione delle relative norme del previgente regolamento (artt. 119-121 e 282, 283 del D.P.R. 207/2010), resta affidato alle regole dettate dalla singola stazione appaltante.

Di immediata prescrittività è la norma (art. 77, comma 7 del Codice) che impone che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione debbano avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte e quella che prevede che le spese relative alla commissione siano inserite nel quadro economico dell'intervento tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

In punto di fatto, risulta appunto che nel caso di specie :

- a). è stata distinta la sottofase della verifica della documentazione amministrativa prodotta dalle imprese (attività priva di discrezionalità) rispetto alla sottofase di valutazione delle offerte tecniche (espressione della discrezionalità);
- b). la prima sottofase è stata svolta in composizione monocratica dal seggio di gara;
- c). la seconda sottofase – invece – è stata svolta dalla commissione giudicatrice.

Controparte, con riferimento alla composizione della commissione, chiarisce che <il seggio di gara in composizione monocratica ha provveduto "unicamente" alla verifica della documentazione amministrativa nonché alla attribuzione del punteggio per le offerte economiche (cioè all'espletamento di tutte attività per le quali non era necessaria alcuna particolare competenza tecnica); la commissione giudicatrice ha dato – poi – corso alla valutazione discrezionale delle offerte tecniche alla loro graduazione nel merito>.

Alla luce delle precisazioni svolte in punto di fatto – dunque – la censura appare non condivisibile.

Non sussistono elementi che inducono a ritenere violata la normativa di riferimento, dettata in

tema di nomina e composizione della Commissione di gara, la cui ratio consiste nel “garantire che i membri dell'organo collegiale assicurino una competenza tecnica specifica e ragguagliata alla tipologia delle prestazioni che si intendono affidare, e ciò al fine di assicurare che il giudizio, espresso dai membri della Commissione, risulti il più possibile pertinente in relazione al contenuto specifico delle offerte presentate.” (Consiglio di Stato, sez. V, 20/09/2016, n. 3911).

Inoltre, la giurisprudenza ha stabilito che la mera assenza dell'indicazione dei singoli coefficienti attribuiti da ciascun commissario non può comportare alcuna criticità di sorta, trattandosi di attività interne ed intrinseche ai lavori della Commissione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 08/09/2015, n. 4209: “Nelle gare pubbliche non sussiste l'obbligo della specifica indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, trattandosi di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale.”).

Applicando per analogia tali principi al caso di specie, risulta che ben poteva la Commissione distinguere e lavorare per sottofasi (sottofase della verifica della documentazione amministrativa e sottofase di valutazione delle offerte tecniche) e operare – dunque - in composizioni diverse.

Di recente, la giurisprudenza ha ritenuto (cfr., Tar Veneto, Sezione I, con sentenza 7 luglio 2017, n. 660) che la normativa in materia non va intesa nel senso che disponga un'astratta ed inderogabile incompatibilità tra commissari di gara e ruoli di dirigente/responsabile di servizio e Rup, ma che, al contrario, occorre la “concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione”.

In ultimo, possono richiamarsi i principi che l'Adunanza Plenaria ha adottato per quanto riguarda l'omessa verbalizzazione delle operazioni di gara (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Tale soluzione sostanzialistica adottata fa perno sulla necessità che ogni contestazione del concorrente volta a ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea a introdurre un vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non possa trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvencono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla cosiddetta genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

4). Con il quarto motivo di ricorso l'interessata lamenta poi di non essere stata a conoscenza dell'avviso di fissazione della seduta pubblica per l'apertura delle offerte economiche (e di averlo saputo i primi di gennaio 2017).

La censura è infondata in quanto risulta in atti che la PA ha provveduto alla pubblicazione dell'avviso in data 20.12.2016 (con anticipo rispetto alla data del 29.12.2016 fissata per la

seduta pubblica).

5). Infine, l'ultimo motivo di ricorso si appunta sulla campionatura.

Il Collegio non condivide neanche questa censura.

La campionatura non sarebbe un elemento essenziale dell'offerta; infatti la lettera di invito prescriveva espressamente le modalità per la presentazione degli elaborati tecnici ma non forniva indicazione di sorta in ordine alle modalità per la presentazione dei campioni; dunque non vi era alcun onere di provvedere alla acquisizione di tale campionatura in seduta pubblica.

Nei motivi aggiunti, in buona sostanza, non sono svolte censure specifiche relative agli atti impugnati ma è contenuto, soltanto, un rinvio ai motivi originari dedotti in ricorso.

Dunque, a prescindere da problemi circa la eventuale genericità degli stessi motivi aggiunti, valgono le considerazioni di merito comunque espresse in precedenza.

In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

Respinge il ricorso e i motivi aggiunti come in epigrafe proposti.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida nella misura di € 10.000,00 per ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge.

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