

Il principio di pubblicità delle sedute di gara: la mera lettura e l'interpretazione sistematica ne escludono la violazione

di Tina Menelao

Data di pubblicazione: 13-12-2016

1.La mera lettura e l'interpretazione sistematica di tutti i verbali di gara è sufficiente ad escludere che vi sia violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara per l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.(1)

2.La mancata indicazione dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche non può costituire di per sé motivo di annullamento dell'intera procedura di gara.(2)

(1) Conforme a Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529

(2) Conforme a Cons. Stato, Sez. III, 25 maggio, n. 2692

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata affronta il tema di pubblicità delle sedute di gara.

Il Consiglio di Stato conferma l'orientamento secondo il quale la mera lettura e l'interpretazione sistematica di tutti i verbali di gara è sufficiente ad escludere che vi sia violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara circa l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Nel caso di specie, parte ricorrente lamenta, nel ricorso introduttivo, che nel verbale “*l'apertura delle buste concernenti l'offerta tecnica in seduta pubblica per verificare l'integrità della documentazione non è verbalizza*”.

Invece, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non vi sia stata alcuna violazione in adesione al criterio non meramente formalistico.

Il principio di pubblicità delle sedute della Commissione di gara, infatti, *“quanto meno per ciò che riguarda la fase di verifica della integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi, è inderogabile”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2006, n.6529). Ne deriva che *“è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa sia che si tratti di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica e, conseguentemente, è illegittima l'apertura in segreto dei plichi”* (Cons. Stato: sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421; Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

La pubblicità è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come *“giusto”* e rispettoso della par condicio, mentre la verbalizzazione opera su un piano eminentemente probatorio, derivandone l'irrelevanza di quest'ultima in tutte le ipotesi in cui, come nella specie, non sia stato violato il principio di pubblicità.

La verbalizzazione costituisce, quindi, una forma di garanzia circa la trasparenza della valutazione delle offerte ed è, quindi, uno strumento di controllo della legittimità dell'azione amministrativa. L'eventuale mancata integrale trascrizione di tutti gli elementi relativi alle operazioni compite in sede di apertura delle buste non comporta violazione dell'intera procedura di gara, ma solamente mera irregolarità.

Circa i criteri di verbalizzazione delle operazioni di gara, l'ordinamento interno non ha previsto alcuna specifica disciplina.

Il comma 3 dell'art. 283 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n.207, infatti, stabilisce solamente che *“In seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara da' lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, da' lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284. 4. Nel caso di aggiudicazione dell'offerta al prezzo piu' basso, l'autorita' che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio, legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede, sulla base dei ribassi espressi in lettere, secondo quanto previsto dall'articolo 284”*.

Dalla lettura di tale norma si evince che le tecniche di redazione dei verbali vengono rimesse alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

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

ha pronunciato la presente

sul ricorso numero di registro generale 2600 del 2016, proposto da:
Azzurra 84 Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Sterrantino C.F. STRDNL69S01H501Z e Salvatore Lorefice C.F. LRFSVT75R05H163O, con domicilio eletto presso Salvatore Lorefice in Roma, via Crescenzo, 62;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'avvocato Pier Ludovico Patriarca , domiciliata in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Associazione Onlus Aires, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Ruggiero C.F. RGGGPL64M31H501F e Lorenzo Aureli C.F. RLALNZ78H13H501Q, con domicilio eletto presso Giampaolo Ruggiero (Studio Sanino) in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 00122/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di sostegno alle criticità familiari ed interventi di prevenzione del disagio in età minorile.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e dell'Associazione Onlus Aires;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e

uditi per le parti gli avvocati Linguitti in dichiarata sostituzione, Camporeale, su delega scritta dell'avv. Daniele Sterrantino, Pier Ludovico Patriarca e Giampaolo Ruggiero;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. II, con la sentenza 7 gennaio 2016, n. 122, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Associazione Onlus Aires, annullando la determinazione dirigenziale di Roma Capitale n. CQ1358/2015 in data 9.7.2015 di aggiudicazione definitiva del servizio relativo al "sostegno alle criticità familiari ed interventi di prevenzione del disagio in età minorile".

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- La lettura del disciplina di gara consente di rilevare che né il bando, né il disciplinare di gara ricollegano una esplicita causa di esclusione al tipo di programma utilizzato per la realizzazione del data base dei casi in carico all'area minori;

- Vero è che le espressioni utilizzate dal capitolato, nella parte in cui stabiliscono che "il data base [...] dovrà utilizzare il programma Access [...]" appaiono in contrasto con il bando ed il disciplinare, i quali si limitano a fare riferimento ad un data base per "la gestione, archiviazione e reportistica dei dati" (par. 5.8.4.4. del disciplinare) ovvero al "data base proposto per la gestione, archiviazione e reportistica dei dati e le modalità di progettazione condivisa con gli operatori del servizio sociale" (pag. 8 del bando); tuttavia, in tale ipotesi, trova applicazione il criterio ermeneutico secondo cui, nel caso di eventuali contrasti interni tra le disposizioni della lex specialis, prevale il contenuto del bando di gara, in quanto le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le previsioni del bando;

- L'utilizzo del programma Access per la realizzazione del data base non può ritenersi un requisito tecnico minimo richiesto a pena di esclusione atteso, in primo luogo, che tale prestazione non rappresenta il "focus" del servizio, bensì soltanto un elemento di una prestazione più complessa, caratterizzata da molteplici attività per la gran parte rivolte all'utenza e, in minor parte, di "supporto – strumentazione"; in relazione al profilo in esame, il bando ha infatti previsto l'attribuzione di un punteggio limitato, nel massimo, a soli 3 punti su 80 e, in coerenza con tale previsione, il disciplinare di gara, nella griglia dei sub-criteri, ha stabilito unicamente quello della "rilevanza e chiarezza della proposta";

- La stessa ricorrente ha riconosciuto che il programma proposto dalla cooperativa controinteressata può essere scaricato gratuitamente;

- E' rimasto indimostrato che il Municipio non possa utilizzare un data base che, secondo quanto dichiarato nell'offerta, "sarà accessibile via web" per modo che ogni lavoratore possa accedervi semplicemente "dal proprio browser, da qualsiasi località";

- Ammesso che l'utilizzo del server Linux, su quale dovrà essere ospitata la piattaforma,

possa comportare ulteriori costi (ad esempio, per la formazione del personale del Municipio), parte ricorrente non ha né quantificato tali costi, né offerto un principio di prova circa il fatto che gli stessi non siano remunerati dal prezzo offerto dalla coop. controinteressata;

- Appare invece fondata la censura, proposta in via subordinata, relativa alla violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, in particolare per quanto riguarda l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche;

- L'apertura delle buste concernenti l'offerta tecnica in seduta pubblica per verificare l'integrità della documentazione non è verbalizzata;

- La commissione ha ritenuto di dovere integrare il verbale originario, nel senso che "per i due operatori economici sopra citati, è stata aperta la busta dell'offerta tecnica, esaminato il contenuto e constatata la presenza della documentazione richiesta per l'offerta stessa; le buste sono state richiuse con nastro adesivo alla presenza di tutti";

- Deve, tuttavia, trovare applicazione il rigoroso orientamento giurisprudenziale, secondo cui il verbale della commissione di gara, al pari di quello della commissione di concorso o della commissione elettorale, costituisce l'esclusivo strumento di documentazione atto a conferire certezza legale alle operazioni compiute dalla commissione medesima, e non può pertanto essere integrato in base a dichiarazioni o atti successivi, non tipizzati, ovvero in base a documenti non espressamente richiamati dal verbale medesimo e non costituenti, perciò, parte integrante di esso.

L'appellante contestava la sentenza impugnata deducendo il seguente motivo di appello:

- Error in iudicando del giudice di primo grado in ordine al motivo di ricorso 1II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 283 d.P.R. n. 207-2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2700 codice civile. Contraddittorietà ed illogicità manifesta della motivazione.

Con l'appello in esame si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata Associazione Onlus Aires chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 27 ottobre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è la gara d'appalto indetta da Roma Capitale, Municipio XII, per l'affidamento del "servizio di sostegno alle criticità familiari ed interventi di prevenzione del disagio in età minorile", con importo a base di gara pari ad euro 198.400,00, oltre IVA e durata prevista di 12 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto.

All'esito della gara, con Determinazione Dirigenziale di Roma Capitale n. CQ1358/2015 in data 9.7.2015, l'odierna appellante Cooperativa Sociale Azzurra '84 risultava aggiudicataria della stessa con un punteggio complessivo di punti 93,71, mentre l'Associazione Aires si

classificava seconda, con punti 87,02.

2. Rileva il Collegio che il TAR ha accolto il ricorso presentato dalla Associazione Onlus Aires sulla base della censura relativa alla violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, in particolare per quanto riguarda l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Secondo questo Collegio, la mera lettura e l'interpretazione logico-sistematica di tutti i verbali di gara è sufficiente ad escludere che vi sia stata, nel caso di specie, la dedotta violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara per l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, per le quali, in realtà, è logico ritenere che si sia proceduto all'apertura delle relative buste già nella seduta pubblica del 7.5.2015.

Peraltro, una mancata specifica indicazione sul punto nel relativo verbale non può di per sé costituire motivo di annullamento dell'intera procedura di gara, non essendosi certamente raggiunta alcuna ragionevole certezza del vizio procedurale ipotizzato e non potendosi applicare un indirizzo meramente formalistico, ormai superato.

3. In primo luogo infatti, a sostegno della ragionevole conclusione che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica fosse già avvenuta nella seduta pubblica del 7.5.2015, si evidenzia che la Commissione, laddove parla di "apertura delle buste" a pagina due del relativo verbale del 7 maggio 2015 esprime un chiaro riferimento a tutti i "pliche" pervenuti e, quindi, a tutta la "documentazione richiesta nell'Avviso pubblico", non risultando alcuna limitazione *expressis verbis*.

Inoltre, la stessa "tabella per la registrazione dei documenti presenti nei pliche", allegato A al verbale n. 1 del 7.5.2015, non riguarda unicamente "la documentazione prevista dalle Sezioni 1 e 2 del disciplinare", atteso che detta tabella si riferisce indistintamente a tutti i pliche, e non già solamente a quelli relativi alla documentazione amministrativa.

Peraltro, a ulteriore sostegno di tale conclusione si deve rilevare che il successivo verbale di gara n. 2, relativo alla seduta del 13.5.2015, nella parte relativa alla fase della seduta in forma riservata, nonché il verbale n. 3, relativo alla seduta del 21.5.2013, riporta che la Commissione dichiara rispettivamente di procedere alla valutazione delle offerte tecniche dell'Associazione Azzurra '84 e dell'Associazione Aires Onlus, senza fare alcun riferimento all'apertura delle buste, il che è logico, poiché presuppone che le buste fossero già state aperte.

Diversamente, infatti, viene verbalizzato nel verbale n. 5, relativo alla seduta pubblica del 8.6.2015, laddove prima di procedere all'esame delle stesse, la Commissione dà espresso atto dell'apertura delle offerte economiche presentate dalle due concorrenti.

Il tutto trova semplicemente conferma nel verbale di seduta straordinaria del 15.10.2015 in cui la Commissione ribadisce che l'apertura delle offerte tecniche dei due operatori ammessi è stata svolta nel corso della prima seduta pubblica del 7.5.2015; tale verbale, dunque, non integra i precedenti, ma da semplicemente atto di una circostanza già avvenuta nelle precedenti sedute e chiaramente evincibile, come si è detto, dalla lettura degli anteriori verbali.

6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto integralmente il ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

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

Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere