

TAR Lazio, sez. II, 13/2/2008 n. 1268

Sull'illegittimità della previsione di una commissione permanente competente ad esaminare gli atti di tutte le gare bandite da una stazione appaltante.

La disciplina relativa alla nomina della commissione di gara nelle procedure per l'affidamento di pubbliche commesse è disciplinata dal c. 10 dell'art. 84 del d.lvo 12 aprile 2006 n. 163 che stabilisce che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Ritenuto che la suddetta disposizione, deve essere interpretata in senso rigoroso, stante il diretto coinvolgimento della relativa fattispecie con l'insuperabile principio della par condicio tra i concorrenti, che il tenore della norma intende contribuire a garantire, pertanto, risulta illegittima la previsione di una "commissione permanente" dell'Amministrazione, competente ad esaminare gli atti di tutte le gare bandite da un soggetto appaltante rispetto alle quali la nomina dei componenti (evidentemente) precede il termine fissato per la presentazione delle offerte. Inoltre, la disciplina descritta dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici (d.lvo 12 aprile 2006 n. 163) si applica alle selezioni da aggiudicarsi sulla scorta del criterio dell'offerta più bassa.

Materia: appalti / disciplina

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

composto dai Signori:

Luigi TOSTI Presidente

Carlo Modica de MOHAC Componente;

Stefano TOSCHEI Estensore;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. R.g 607 del 2008 proposto dalla

SOCIETA' "GONDRAND S.p.a.", in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentati e difeso dagli avv.ti Guido Bardelli, Andrea Manzi e Alessandra Maria Bazzani ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo difensore in Roma, Via F. Gonfalonieri n. 5;

contro

la "SOCIETA' LOTTOMATICA, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Piero d'Amelio e Maria Stefania Massini ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo difensore in Roma, Via della Vite n. 7;

il MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, non costituito in giudizio;

e nei confronti

di "LACCHI S.p.a", in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

di "S.T.F. Soc. Coop. a r.l."; in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

del verbale della seduta della Commissione ministeriale per la valutazione delle offerte e l'aggiudicazione delle gare comunitarie indette da Lottomatica s.p.a. per la fornitura di beni e servizi del gioco del lotto automatizzato n. 155 in data 8.11.07, ove la ricorrente è stata esclusa dalla gara pubblica per servizi di facchinaggio e trasporto;

del bando di gara e del disciplinare di gara;

di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visto il ricorso con i documenti allegati;

Vista la costituzione in giudizio della Società intimata ed i documenti prodotti;

Esaminate le memorie integrative depositate;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 6 febbraio 2008 il dott. Stefano Toschei; presente per la parte ricorrente l'avv. P. Caruso, delegato dall'avv. A. Manzi e, per la parte resistente, l'avv. P. d'Amelio;

Visto l'art. 23-bis, commi 1 e 3, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, così come introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000 n. 205;

Visto l'art. 26, comma 4, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, così come sostituito dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000 n. 205;

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e sentite sul punto le parti costituite;

Premesso che debbono essere respinte le eccezioni preliminarmente sollevate dalla parte resistente, in quanto, secondo un consolidato principio giurisprudenziale (ex multis: Cons. Stato Sez. V, 18 gennaio 1996 n. 61), l'onere d'immediata impugnazione di un bando di gara per un appalto pubblico, da parte delle imprese partecipanti, si pone soltanto per le clausole immediatamente lesive, quali, per esempio, quelle che comportino l'immediata esclusione dell'aspirante dalla partecipazione, mentre per le altre clausole, ivi compresa quella che ponga un'illegittima composizione della commissione giudicatrice, l'incidenza lesiva sorge soltanto a conclusione della gara stessa e per le imprese che non sono risultate vincitrici, all'evidente scopo - connaturato con le esigenze del diritto alla difesa e dell'efficienza dell'agire amministrativo - di evitare la contestazione necessariamente preventiva di tutte le clausole reputate illegittime;

Premesso ancora, sotto altro profilo, che sussiste l'interesse della parte ricorrente a chiedere l'annullamento della procedura svolta, essendo infatti sufficiente a radicare l'interesse alla presente

azione giurisdizionale l'utilità strumentale della ricorrente a conseguire l'annullamento dell'atto impugnato e la rinnovazione della procedura, costituendo, di per sé, un vantaggio la possibilità, a seguito dell'annullamento giurisdizionale, di rimettere in discussione il rapporto, partecipando nuovamente alla gara;

Rilevato che la censura avente ad oggetto l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice deve essere esaminata precedentemente rispetto alle ulteriori censure dedotte, atteso che non è indifferente, rispetto alla valutazione da parte del Tribunale sulla correttezza dell'intera procedura, che la deliberazione circa la sussistenza dei presupposti di partecipazione alla selezione sia stata svolta da una Commissione legittimamente nominata o meno;

Considerato che la disciplina relativa alla nomina della Commissione di gara nelle procedure per l'affidamento di pubbliche commesse è puntualmente scandita dall'art. 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (in argomento cfr., per un richiamo più recente, TAR Lazio, Sez. III-ter, 4 febbraio 2008 n. 905) e che il comma 10 del predetto articolo testualmente recita "La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte" e che, dunque la previsione di una "commissione permanente" dell'Amministrazione, competente ad esaminare gli atti di tutte le gare bandite da un soggetto appaltante rispetto alle quali la nomina dei componenti (evidentemente) precede il termine fissato per la presentazione delle offerte, risulta illegittima;

Ritenuto che la disposizione specificamente declinata dall'art. 84, comma 10 del Codice dei contratti pubblici, deve essere interpretata in senso rigoroso, stante il diretto coinvolgimento della relativa fattispecie con l'insuperabile principio della par condicio tra i concorrenti, che il tenore della norma intende contribuire a garantire;

Considerato che nessun pregio può assumere, nella specie, l'osservazione svolta nelle difese prodotte dalla parte resistente ed avente ad oggetto l'inapplicabilità della disciplina descritta dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici alle selezioni da aggiudicarsi sulla scorta del criterio dell'offerta più bassa, laddove la stessa rubrica del citato art. 84 riferisce espressamente l'applicabilità della norma alle selezioni da aggiudicarsi sulla scorta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto una volta che il soggetto aggiudicatore - lasciato libero dal legislatore nelle selezioni da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più bassa di non nominare una apposita commissione giudicatrice (atteso l'ormai recepito principio comunitario di pariordinazione tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, in virtù del quale essi hanno, anche normativamente, in sede nazionale eguale dignità; cfr. Corte giust. UE, Sez. II, 7 ottobre 2004 C-247/02 nonché Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2007 n. 1246) - opta per la nomina della commissione, esso deve fare completa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 84 del Codice più volte citate;

Precisato che, sotto tale ultimo profilo, va esteso anche all'interpretazione dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto il vigore dell'art. 21 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, che non risulta essere superato dalle disposizioni introdotte dal legislatore nel 2006 ed anzi deve ancora trovare applicazione con riferimento all'art. 84 del Codice dei contratti nelle ipotesi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, secondo il quale, nel caso in cui non sia riscontrabile nella disciplina normativa delle selezioni per l'affidamento di un appalto pubblico una norma identica o analoga a quella prescritta nelle gare per l'affidamento della realizzazione di opere pubbliche dall'art. 21 della legge n. 109 del 1994 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2003 nn. 7249 e 7251), una volta che l'Amministrazione procedente si sia determinata a dotarsi di una commissione tecnica per lo svolgimento della fase istruttoria della procedura e di valutazione delle offerte presentate dalle ditte concorrenti, la composizione della commissione stessa e lo svolgimento dei relativi lavori debbono essere informati alle prescrizioni impartite in via generale dal legislatore con il

citato articolo 21, quanto meno sotto il profilo delle disposizioni sui criteri e modalità di composizione e dello svolgimento dei relativi lavori;

Ritenuto, quindi, che in ragione delle suesposte osservazioni e della portata assorbente della deliberazione del motivo sopra scrutinato sugli altri dedotti, deve trovare accoglimento il gravame proposto con annullamento degli atti impugnati;

Assunta la natura pienamente soddisfattoria, rispetto alla posizione vantata dalla parte ricorrente, della presente decisione e tale da ritenersi in quest'ultima assorbito, in forma specifica, anche il favorevole scrutinio della domanda risarcitoria;

Stimato, infine, che sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti costituite le spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 6 febbraio 2008.

Il Presidente Il relatore ed estensore

Luigi Tosti Stefano Toschei

Depositata in segreteria

Il 13 febbraio 20087

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)