Appalti 22 Novembre 2021

Gare, chi prepara bando e documenti non può entrare in commissione

di Roberto Mangani

Stampa

In breve

Il Consiglio di Stato ribadisce il principio della rigida separazione tra chi predispone la documentazione di gara e chi valuta le offerte.Restano le perplessità sulla ratio del regime di incompatibilità

Il soggetto che per conto dell'ente appaltante ha proceduto all'indizione della gara definendone oggetto, importo, requisiti di qualificazione e criteri di aggiudicazione e ha conseguentemente partecipato alla redazione dei relativi documenti non può far parte della commissione giudicatrice chiamata a valutare le offerte. Si tratta infatti di una causa di incompatibilità in base al regime definito dall'articolo 77, comma 4 del D.lgs. 50/2016, secondo cui «I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».
Con queste affermazioni il Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 novembre 2021, n. 7419 ribadisce un orientamento giurisprudenziale consolidato, aderendo a un'interpretazione restrittiva della disciplina sulla incompatibilità dei commissari di gara.
Nonostante si tratti appunto di principi noti, le argomentazioni che ne accompagnano l'affermazione continuano a suscitare alcune perplessità non solo con riferimento all'interpretazione della norma che si ispira a criteri restrittivi, quanto, in termini più radicali, in relazione alla disciplina in sé considerata e alla ratio che la sorregge.

Il fatto

Un ente appaltante aveva bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza, di tutor e di portierato finalizzato a garantire la sicurezza di alcuni complessi residenziali. A fronte dell'intervenuta aggiudicazione un altro concorrente partecipante alla gara proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo. Tale ricorso si incentrava essenzialmente sulla ritenuta violazione da parte dell'ente appaltante della previsione contenuta all'articolo 77, comma 4 del D.lgs. 50, posto che uno dei componenti la commissione di gara (il Presidente) aveva adottato il decreto di indizione della gara ed era anche il titolare dell'ufficio competente ad approvare gli atti della medesima commissione. Il Tar Calabria respingeva il ricorso ritenendo che non vi fosse stata violazione del regime di incompatibilità delineato dalla norma richiamata. Ciò in quanto il Presidente della commissione giudicatrice non aveva partecipato alla materiale predisposizione degli atti di gara, limitandosi a indire la procedura e a sottoscrivere i documenti redatti da altri soggetti, senza mai definirne il contenuto.
Contro la sentenza di primo grado l'originario ricorrente ha proposto appello davanti al Consiglio di Stato.

Il motivo di appello: il regime di incompatibilità dei commissari di gara

L'appellante ha riproposto davanti al Consiglio di Stato la censura relativa alla ritenuta violazione della norma sull'incompatibilità dei commissari di gara. In questo senso l'appellante ha evidenziato che il responsabile della struttura incaricata della gestione dei complessi residenziali aveva cumulato in sé una serie di funzioni: aveva adottato il decreto di indizione della gara, stabilendo i fabbisogni e dettando le regole sulla selezione dei concorrenti e sui criteri di aggiudicazione; aveva nominato il Rup; aveva nominato la commissione di gara, individuando se stesso come Presidente; aveva approvato gli atti di gara, compresa l'aggiudicazione. Questa situazione integrerebbe una tipica causa di incompatibilità ai sensi dell'articolo 77, comma 4, giacchè sottoscrivendo gli atti indicati il soggetto in questione ne avrebbe assunto la responsabilità giuridica, e in tal modo avrebbe svolto un ruolo attivo nella definizione delle regole della gara e per ciò stesso non avrebbe potuto successivamente dare applicazione a tali regole in qualità di Presidente della commissione giudicatrice. Ciò in applicazione del principio generale della necessaria autonomia e indipendenza del soggetto controllore rispetto al soggetto controllato.

La posizione del Consiglio di Stato

Il giudice amministrativo di secondo grado, nel richiamare il contenuto dell'articolo 77, comma 4, ricorda in primo luogo l'interpretazione giurisprudenziale della norma che si è consolidata nel tempo. Tale interpretazione si fonda sulla ritenuta

esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte, a garanzia della neutralità del giudizio valutativo e in coerenza con la ratio generale delle cause di incompatibilità. Il principio della separazione è posto a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto dei concorrenti ad una decisione adottata da un organo terzo e imparziale mediante valutazioni il più possibili oggettive e non influenzate dalle scelte precedenti.

Questo principio risulta violato nel caso di specie, in virtù della concentrazione in capo a un medesimo soggetto delle attività di preparazione della documentazione di gara e di quelle di valutazione delle offerte. In sostanza, vi è stata identità tra chi ha definito le regole della gara e chi le ha applicate in sede di valutazione delle offerte. Questa identità, appunto in violazione del principio di separazione tra le due fasi procedurali (preparazione della documentazione di gara e valutazione delle offerte), avrebbe inquinato l'intera procedura, alterando in ultima analisi i principi di trasparenza e par condicio che devono connotare le gare ad evidenza pubblica. Rispetto a queste conclusioni non assume rilievo l'obiezione secondo cui il soggetto in questione in relazione alla preparazione della documentazione di gara non avrebbe svolto alcun ruolo attivo, ma si sarebbe limitato a una mera sottoscrizione di atti il cui contenuto era stato definito da altri soggetti.
Rileva infatti il Consiglio di Stato che la sottoscrizione assolve ad una funzione identificativa e impegnativa, giacché comporta l'imputazione giuridica dell'atto sottoscritto con conseguente assunzione di responsabilità in merito al contenuto dello stesso.In sostanza, attraverso la sottoscrizione il soggetto che sottoscrive non si limita a recepire l'altrui volontà, ma fa proprio il lavoro preparatorio svolto dalle strutture preposte e manifesta in via immediata e diretta la volontà provvedimentale dell'ente.
Da quanto detto deriva che non può sostenersi che il responsabile della struttura di gestione dei complessi residenziali, nonostante la sottoscrizione, non abbia in realtà partecipato alla formazione sostanziale degli atti di indizione e disciplina della gara, limitandosi a recepire e tuttalpiù ad approvare le risultanze dell'attività altrui. Questo soggetto infatti, proprio in virtù della sua funzione, non si è limitato a un'attività di controllo dei provvedimenti emanati da altri, ma ha manifestato la volontà dispositiva dell'ente in qualità di organo di amministrazione attiva, assumendo in tal modo la paternità del contenuto degli atti e la conseguente responsabilità quanto agli effetti giuridici dagli stessi prodotti.
Né infine può essere presa in considerazione nel caso di specie la puntuale disposizione contenuta sempre nell'articolo 77, comma 4 del D.lgs. 50 secondo cui la nomina del Rup a membro delle commissioni di gara va valutata con riferimento alla singola procedura. Si tratta infatti di una specifica norma derogatoria del generale regime di incompatibilità che ha natura eccezionale, riferendosi alla figura del Rup, e che come tale non può essere estesa a fattispecie diverse da quella espressamente regolata, come nel caso in discussione in cui il responsabile della gestione delle strutture residenziali non aveva assunto la qualifica di Rup.

La ratio del regime di incompatibilità

Nonostante l'orientamento giurisprudenziale consolidato – come ricordato dalla pronuncia in esame – che si fonda su un'interpretazione restrittiva del regime di incompatibilità sancito dall'articolo 77, comma 4 del D.lgs. 50, restano delle perplessità sullo stesso e, prima ancora, sulla ratio ispiratrice di tale regime.
Questa si fonda sull'assunto della necessaria separazione tra la fase di predisposizione della documentazione di gara e la fase di valutazione delle offerte, separazione che a sua volta sarebbe funzionale a un'efficace attuazione del principio di trasparenza, declinato in termini di giudizio reso da un organo terzo ed estraneo alle precedenti fasi di preparazione della gara. Ma è proprio sulla correttezza di tale assunto e degli effetti che se ne vogliono far discendere che sorgono le perplessità.
Il principio della separazione tra chi predispone la documentazione di gara e chi valuta le offerte dovrebbe trovare la sua ragione giustificatrice nel fatto che il primo soggetto sia potenzialmente in grado di favorire un concorrente rispetto ad un altro o comunque disponga di elementi informativi acquisiti in fase di predisposizione della gara che possano alterare il suo giudizio valutativo. In realtà nelle procedure finalizzate all'affidamento dei contratti pubblici colui che ha predisposto la documentazione di gara ha definito una serie di regole che vengono successivamente messe a disposizione di tutti i potenziali concorrenti - in una situazione di assoluta parità di trattamento – e che costituiscono la base per la successiva valutazione delle offerte. Ma la conseguenza secondo cui per il solo fatto di aver definito le regole della gara il soggetto non è in grado di operare una valutazione oggettiva delle offerte rappresenta un salto logico che non appare sorretto da una motivazione

sostanziale. Anzi, si potrebbe sostenere proprio il contrario, e ciò che avere definito le regole della gara mette il soggetto interessato, in quanto in possesso di un bagaglio informativo più accurato rispetto a chi a tale definizione è rimasto estraneo, nelle condizioni migliori per valutare le offerte. Cosicché non solo il regime di incompatibilità sembra privo di ragioni sostanziali, ma al contrario dovrebbe essere favorita la nomina a commissario proprio di coloro che hanno partecipato alla predisposizione della documentazione di gara.

Il Sole 24 ORE aderisce a The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati
ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com]