

La giurisprudenza è costante nel ritenere, in applicazione dei principi dettati dall'Adunanza plenaria n° 1 del 2003 che l'atto di nomina di una Commissione di gara non sia impugnabile in via autonoma in quanto non immediatamente suscettibile di ledere la posizione dei partecipanti alla procedura: il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice di una gara, pertanto, può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga leso nei suoi interessi solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e la nomina del vincitore, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene, pertanto, compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato.

Il previo esperimento della fase di evidenza pubblica opera, dunque, in forza della normativa applicabile e dell'autovincolo derivante dalla *lex specialis* di gara, secondo un rapporto di presupposizione; pertanto, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia

Merita di essere segnalato il seguente pensiero espresso dal Tar Lombardia, Milano nella sentenza numero 1897 del 19 aprile 2007:

< L'art 84 comma 10 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006 prevede espressamente che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione debbano avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Tale norma, che era già contenuta nell'art 21 della legge n° 109 dell'11-2-1994, non era stata considerata dalla giurisprudenza espressione di un principio di carattere generale e, di conseguenza, non era stata estesa agli appalti di servizi e forniture ( cfr Consiglio Stato , sez. VI, 03 dicembre 1998 , n. 1648).

Tale interpretazione non può più essere seguita, in quanto il nuovo codice degli appalti, la cui ratio è proprio l'uniformità della disciplina degli appalti di lavori, forniture e servizi , ha riprodotto la norma nella disciplina generale degli appalti di lavori, servizi e forniture.>

Nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici milanesi quindi:

Non vi è pertanto alcun dato normativo che porti ritenere non applicabile tale disposizione nel caso di specie

Non vi è pertanto alcun dato normativo che porti ritenere non applicabile tale disposizione nel caso di specie.

Né si può ritenere, come sostenuto dalla difesa del Comune, che la società ricorrente dovrebbe dimostrare di aver ricevuto un danno dalla nomina della Commissione prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

E' evidente infatti che le norme che disciplinano il procedimento amministrativo, nel caso di specie, per le procedure concorsuali, servono a garantire la trasparenza ed imparzialità dell'Amministrazione e la legittimità dell'azione amministrativa>

Ed inoltre è importante sapere che:

< In sede di licitazione privata, anche quando le offerte debbano essere presentate in plico sigillato, la seduta destinata all' apertura dei plichi deve essere pubblica. Tale modalità costituisce, infatti, uno strumento di garanzia a tutela, oltre che del pubblico interesse, anche di quello dei partecipanti, affinché possano direttamente assistere alla verifica della integrità dei plichi ed alla identificazione del loro contenuto, operazione che garantisce la serietà della gara, impedendo sostituzioni o alterazioni dei relativi atti. Invero, il procedimento di apertura dei plichi contenenti la documentazione economica della offerta effettuato in seduta segreta è contrario al principio di pubblicità delle gare ed a quello di trasparenza e di buon andamento cui si deve ispirare tutta l'attività amministrativa>

ma l'emarginata sentenza merita di essere segnalata anche per un'ulteriore questione in essa dibattuta:

< Quanto al contratto stipulato il 16-1-2007, ritiene il Collegio di seguire la tesi fatta propria anche dal Consiglio di Stato della caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Secondo tale ricostruzione, l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto stipulato, "sub specie" di inefficacia successiva dichiarata dal giudice amministrativo, in quanto il negozio pienamente efficace al momento della nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza esterna di interessi giuridici preminenti, incompatibili con l'interesse interno negoziale ( Consiglio di Stato n° 2332 del 5 maggio 2003 di rimessione all'Ad. Plen; Consiglio Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194; Consiglio Stato , sez. VI, 06 luglio 2006 , n. 4295)

Tale tesi trova ora un fondamento normativo nella disposizione dell'art. 246, co. 4 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006 , che stabilisce altresì che le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV, Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

La disposizione replica, correggendola, l'art. 14, co. 2, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, secondo cui la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatari. La espressa previsione della caducazione al posto della espressione risoluzione indica che anche il legislatore ha preso una chiara posizione sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato con l'aggiudicataria a favore della tesi della automaticità degli effetti caducatori , facendo salvo il contratto solo rispetto alle c.d opere strategiche>

A cura di Sonia Lazzini

Sentenza n. 1897/07 depositata il 19.4.2007

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sezione prima

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 143 del 2007 proposto da \*\*\* SPA , in persona del legale rappresentante, rappresentata e difeso dall'Avvocato LIBERTO LOSA, con domicilio eletto in MILANO VIA AURELIO SAFFI 10

contro

COMUNE DI CARPIANO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato GIUSEPPE FRANCO FERRARI

con domicilio eletto in MILANO, C.SO VITTORIO EMANUELE II, 15

e nei confronti di

\*\*\* DI G.\*\*\* & C SAS

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

del bando di gara per pubblico incanto indetto dal Comune di Carpiano per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico e servizi diversi – anni scolastici 2006/2007 e 2007/2008 – unitamente al capitolato speciale d'appalto, entrambi approvati con determinazione 10.08.2006 n. 278/95;

della determinazione n. 279/96, di nomina della Commissione Giudicatrice;

e di ogni altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto;

e per il risarcimento del danno in forma specifica mediante annullamento del contratto stipulato o per equivalente;

Visti gli atti tutti della causa;

visto l'atto di costituzione della amministrazione resistente.

Udito alla camera di consiglio del 7-2-2007 il relatore primo referendario Cecilia Altavista;

Uditi altresì i procuratori delle parti, come da verbale in atti, in particolare in relazione alla pronuncia di una sentenza in forma semplificata,

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

In data 10-8-2006 veniva indetta dal Comune di Carpiano, con determinazione n° 278/95 una gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli anni 2006/2007 e 2007/ 2008 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Lo stesso giorno, 10-8-2006, con determinazione n° 279/96 veniva altresì nominata la Commissione aggiudicatrice.

Il bando di gara prevedeva espressamente la ripartizione dei punteggi in base a vari criteri: in particolare 60 punti per il criterio economico e 40 per quelli qualitativi, di cui 30 per la valutazione del progetto, 10 per le esperienze di gestione del servizio trasporto con enti pubblici.

La scadenza del termine di presentazione delle offerte era prevista per il 9-10-2006.

Hanno presentato offerte la \*\*\* s.p.a., la \*\*\*. s.a.s e la Viaggi Granturismo \*\*\*

Nella seduta dell'11 ottobre 2006 la Commissione procedeva a determinare sottocriteri per la valutazione dell'offerta tecnica prevedendo che per il criterio relativo alle esperienze di trasporto, l'attribuzione del punteggio di dieci punti dovesse essere riferita non alla mera elencazione degli enti presso cui il servizio sia stato o sia attualmente svolto ma alle migliorie, alle innovazioni alla perizia che sono derivate nel tempo in virtù della esperienza conseguita nella gestione dei servizi di trasporto in appalto con pubbliche amministrazioni e che hanno avuto riflesso sul servizio stesso. Pertanto la Commissione non attribuiva alcun punteggio a nessuna delle offerenti, poichè tutte avevano meramente elencato i precedenti servizi svolti presso pubbliche Amministrazioni.

A seguito della conclusione delle operazioni di gara l'offerta economicamente più vantaggiosa risultava quella della \*\*\* s.a.s.( 77 punti), mentre si collocava al secondo posto la \*\*\* ( 69,92) e terza la \*\*\* ( 64,35).

Con determinazione n° 374 del 16-11-2006 sono state approvate le operazioni di aggiudicazione ed affidato il servizio alla \*\*\*.

Avverso tale provvedimento e avverso il bando di gara e l'atto di nomina della Commissione è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dell'art 84 comma 10 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006;

violazione e falsa applicazione del principio di pubblicità delle sedute di gara;

violazione e falsa applicazione di legge in relazione all'art 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione del principio del giusto procedimento; della par condicio tra i concorrenti; di imparzialità; eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifeste;

violazione di legge in relazione all'art 8 della n° 21 del 15-1-1992; dell'art 5 della legge n° 218 dell'11-8-2003; violazione della lex specialis di gara;

violazione e falsa applicazione dell'art 86 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; violazione dell'art 3 della legge n° 241 del 7-8-1990; eccesso di potere per difetto di motivazione.

Si è costituita l'Amministrazione resistente eccependo l'inammissibilità e contestando la fondatezza del ricorso;

Alla camera di consiglio del 7 febbraio 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Ritiene il Collegio di potersi pronunciare con sentenza semplificata ai sensi degli artt. 21 e 26 della legge 1034 del 6-12-1971, attesa la rituale instaurazione del contraddittorio, la proposizione della domanda cautelare e la sufficienza degli elementi di prova in atti.

Con il primo motivo di ricorso si sostiene che in maniera illegittima è stata nominata la Commissione di gara prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

In primo luogo tale censura deve ritenersi tempestiva.

Infatti la giurisprudenza è costante nel ritenere, in applicazione dei principi dettati dall'Adunanza plenaria n° 1 del 2003 che l'atto di nomina di una Commissione di gara non sia impugnabile in via autonoma in quanto non immediatamente suscettibile di ledere la posizione dei partecipanti alla procedura. Il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice di una gara, pertanto, può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga leso nei suoi interessi solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e la nomina del vincitore, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene, pertanto, compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato.

La censura è anche fondata.

L'art 84 comma 10 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006 prevede espressamente che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione debbano avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Tale norma, che era già contenuta nell'art 21 della legge n° 109 dell'11-2-1994, non era stata considerata dalla giurisprudenza espressione di un principio di carattere generale e, di conseguenza, non era stata estesa agli appalti di servizi e forniture ( cfr Consiglio Stato , sez. VI, 03 dicembre 1998 , n. 1648).

Tale interpretazione non può più essere seguita, in quanto il nuovo codice degli appalti, la cui ratio è proprio l'uniformità della disciplina degli appalti di lavori, forniture e servizi , ha riprodotto la norma nella disciplina generale degli appalti di lavori, servizi e forniture.

Non vi è pertanto alcun dato normativo che porti ritenere non applicabile tale disposizione nel caso di specie.

Né si può ritenere, come sostenuto dalla difesa del Comune, che la società ricorrente dovrebbe dimostrare di aver ricevuto un danno dalla nomina della Commissione prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

E' evidente infatti che le norme che disciplinano il procedimento amministrativo, nel caso di specie, per le procedure concorsuali, servono a garantire la trasparenza ed imparzialità dell'Amministrazione e la legittimità dell'azione amministrativa.

Con ulteriore motivo di ricorso si sostiene la illegittimità della procedura nella parte in cui la Commissione ha proceduto all'apertura dell'offerta tecnica in seduta segreta.

Sostiene la difesa del Comune che la censura sarebbe tardiva in quanto tale modalità procedurale era già prevista dal bando di gara.

Tale eccezione non merita accoglimento in relazione al già citato orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n° 1 del 2003 per cui vanno impugnate tempestivamente solo le clausole dei bandi di gara che riguardino i requisiti di partecipazione, mentre quelle relative alle modalità di presentazione dell'offerta devono essere immediatamente impugnate solo se impediscano tale presentazione. Pertanto, i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato; a fronte della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

La censura invece merita accoglimento con conseguente annullamento del bando di gara impugnato con il presente ricorso, in quanto, per costante giurisprudenza, l'apertura delle buste non può essere fatta in seduta segreta.

In sede di licitazione privata, anche quando le offerte debbano essere presentate in plico sigillato, la seduta destinata all'apertura dei plichi deve essere pubblica. Tale modalità costituisce, infatti, uno strumento di garanzia a tutela, oltre che del pubblico interesse, anche di quello dei partecipanti, affinché possano direttamente assistere alla verifica della integrità dei plichi ed alla identificazione del loro contenuto, operazione che garantisce la serietà della gara, impedendo sostituzioni o alterazioni dei relativi atti. Invero, il procedimento di apertura dei plichi contenenti la documentazione economica della offerta effettuato in seduta segreta è contrario al principio di pubblicità delle gare ed a quello di trasparenza e di buon andamento cui si deve ispirare tutta l'attività amministrativa (T.A.R. Veneto, sez. I, 30 marzo 2001, n. 888).

Suscettibile di accoglimento è altresì l'ulteriore censura relativa alla specificazione dei sottocriteri da parte della Commissione.

In particolare, il criterio relativo alle esperienze precedenti è stato radicalmente modificato introducendo ulteriori elementi (migliorie, innovazioni e perizia) che non erano prevedibili in alcun modo nella previsione del bando e che avrebbero dovuto essere appositamente documentate dalle società concorrenti. La riprova di ciò emerge con evidenza dalla circostanza che nessuna delle concorrenti ha potuto avere tale punteggio aggiuntivo.

Priva di fondamento è, peraltro, l'eccezione dell'Amministrazione per cui la ricorrente non avrebbe interesse a tale censura in quanto, non essendo stato attribuito il punteggio ad alcuna delle concorrenti, non avrebbe inciso sulla valutazione. Tale argomento non può essere condiviso, in quanto la ricorrente avrebbe potuto ottenere anche il massimo dei punti superando la prova di resistenza, indicata dalla giurisprudenza come determinante per la concretezza dell'interesse.

Sotto tutti questi profili il ricorso è pertanto fondato e va accolto con annullamento dell'aggiudicazione e del bando di gara nella parte della clausola relativa all'apertura delle offerte in seduta segreta .

L'annullamento dei provvedimenti impugnati per tale motivo di ricorso comporta l' assorbimento delle altre censure .

Quanto al contratto stipulato il 16-1-2007, ritiene il Collegio di seguire la tesi fatta propria anche dal Consiglio di Stato della caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Secondo tale ricostruzione, l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto stipulato, "sub specie" di inefficacia successiva dichiarata dal giudice amministrativo, in quanto il negozio pienamente efficace al momento della nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza esterna di interessi giuridici preminenti, incompatibili con l'interesse interno negoziale ( Consiglio di Stato n° 2332 del 5 maggio 2003 di rimessione all'Ad. Plen; Consiglio Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194; Consiglio Stato , sez. VI, 06 luglio 2006 , n. 4295)

Tale tesi trova ora un fondamento normativo nella disposizione dell'art. 246, co. 4 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006 , che stabilisce altresì che le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV, Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

La disposizione replica, correggendola, l'art. 14, co. 2, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, secondo cui la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatari. La espressa previsione della caducazione al posto della espressione risoluzione indica che anche il legislatore ha preso una chiara posizione sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato con l'aggiudicataria a favore della tesi della automaticità degli effetti caducatori , facendo salvo il contratto solo rispetto alle c.d opere strategiche .

Il previo esperimento della fase di evidenza pubblica opera, dunque, in forza della normativa applicabile e dell'autovincolo derivante dalla lex specialis di gara, secondo un rapporto di presupposizione; pertanto, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia ( T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 12 aprile 2006 , n. 364).

Quanto al risarcimento del danno l'immediato accoglimento del ricorso nel merito, nei termini indicati, soddisfa pienamente l'interesse del ricorrente; pertanto non si può ravvisare un danno ulteriormente risarcibile per equivalente.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. I, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara la inefficacia del contratto stipulato in data 16-1-2007.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 7 febbraio 2007, con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini - Presidente

Elena Quadri Primo Referendario

Cecilia Altavista Primo Referendario Est.

IL PRESIDENTE L'ESTENSORE