

PARERE N. 177 DEL 24/10/2012

PREC 176/12/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Società Aurora Cooperativa Sociale e dal Comune di Ugnano (BG) – “Procedura aperta per l’appalto del servizio di pulizia nei locali degli edifici di proprietà comunale” – Data di pubblicazione del bando: 8.3.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 52.000,00 – S.A.: Comune di Ugnano (BG) – .

Legittima riformulazione della graduatoria e individuazione di un diverso aggiudicatario provvisorio. Autotutela.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 30 maggio 2012 sono pervenute le istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali il Comune di Ugnano e la cooperativa sociale Aurora hanno chiesto un parere in merito alla conformità alla *lex specialis* ed alla normativa di settore dell’operato della Commissione di gara nell’ambito della procedura indetta per l’affidamento del servizio di pulizia nei locali degli edifici di proprietà comunale.

La questione è sorta in quanto la Commissione di gara, dopo aver proceduto ad aggiudicare provvisoriamente la gara in oggetto alla istante cooperativa sociale, avendo riscontrato un errore nelle operazioni di gara, ha riformulato la graduatoria individuando nella ditta ALL SERVICE GROUP S.C.A.R.L. la nuova aggiudicataria provvisoria.

L’errore riscontrato consisteva nel non aver tenuto conto del punteggio minimo acquisito da ogni partecipante in merito all’offerta tecnica, necessario per accedere alla successiva fase di valutazione dell’offerta economica. In ragione di tale errore, quindi, tutte le ditte erano state ammesse alla suddetta fase, in violazione del disciplinare della gara che, ai fini dell’ammissione, richiedeva un punteggio tecnico-qualitativo minimo di punti 40.

In riscontro all’istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 1° agosto 2012, non viene presentata ulteriore documentazione.

Considerato in diritto

La questione controversa concerne la correttezza del comportamento tenuto dalla stazione appaltante che ha riformulato la graduatoria dopo avere intercettato un errore commesso durante le operazioni di gara.

L’operato della Commissione di gara è conforme ai principi e alla normativa di settore.

Vale infatti rilevare che la possibilità di rivedere in via di autotutela l’aggiudicazione provvisoria - anche riaprendo la gara in relazione all’illegittima esclusione o, per quanto ne occupa, all’illegittima ammissione di una o più imprese - si fonda sul principio costituzionale di buon andamento e di non aggravamento del procedimento; principio che impegna l’Amministrazione ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e che quindi autorizza il riesame di quelli già adottati, quando ciò sia necessario od opportuno alla luce di un nuovo apprezzamento della fattispecie o di circostanze sopravvenute, anche al fine di prevenire successive contestazioni.

Secondo un consolidato orientamento in tema di procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti pubblici, l’Amministrazione, anche dopo l’aggiudicazione provvisoria, può legittimamente

modificare l'elenco degli aspiranti ammessi alla gara in sede di autotutela, per riammettere un'impresa illegittimamente esclusa ovvero, specularmente, per escludere un'impresa illegittimamente ammessa (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. V 22 maggio 2001, n. 2829).

Peraltro, la Commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'Amministrazione aggiudicatrice, e non una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della predetta Amministrazione; svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente rispetto all'Amministrazione appaltante, in quanto investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata alla individuazione del miglior contraente possibile, attività che si concreta nella c.d. "aggiudicazione provvisoria"; la sua funzione si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'Amministrazione appaltante, e cioè con il provvedimento di c.d. "aggiudicazione definitiva"; segue da ciò che, nel periodo intercorrente tra tali atti, non può negarsi il potere della stessa Commissione di riesaminare, nell'esercizio del potere di autotutela, il procedimento di gara già espletato, anche riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente (Cons. Stato. Sez. V, 12 novembre 2009, n. 7042).

Invero, l'Amministrazione non solo può disporre la riapertura della gara d'appalto dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, qualora la ritenga sotto qualsiasi aspetto affetta da irregolarità, ma può altresì procedere all'annullamento degli atti di aggiudicazione provvisoria, anche in via implicita e senza obbligo di fornire particolare motivazione, attesa l'assenza, nei soggetti interessati, di posizioni giuridiche consolidate (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1417).

In effetti, un atto che richiama ed esplicita sufficientemente le ragioni della "riapertura" rappresenta anche un atto di annullamento - implicito ma inequivoco - della precedente aggiudicazione provvisoria rivelatasi illegittima, la cui adozione si è resa necessaria in funzione dell'interesse alla legittimità delle scelte della P.A., di cui l'Amministrazione è la prima titolare, posto che siffatto annullamento va ad incidere in ordine ad una fase della gara priva di efficacia esterna e di definitività. E ciò in quanto l'aggiudicazione definitiva non è atto meramente esecutivo e confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma un atto che, pur quando recepisce *in toto* i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, contiene, comunque, una nuova e autonoma valutazione rispetto a quella provvisoria, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale (Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2001, n. 1998; Sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128; Sez. V, n. 785/2002).

Ne consegue che l'atto di riapertura della gara, pur dopo l'intervento dell'aggiudicazione provvisoria, non attinge al rango di vero e proprio procedimento di secondo grado, quanto meno in relazione alla necessità di fornire particolare motivazione circa l'interesse pubblico, atteso che una specifica motivazione in tal senso non occorre quando non sia stato ancora esercitato il potere di approvazione, oppure non vi siano posizioni consolidate di soggetti interessati da valutare, che possono soltanto vantare una mera aspettativa alla conclusione del procedimento (cfr.: Cons. St., Sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5903 e 27 dicembre 2001, n. 6424).

Alla luce dei suesposti principi, si può concludere che, nella specie, può ritenersi legittima la riapertura del procedimento - del quale è stato conservato l'effetto utile fino a quel momento prodotto - con l'esclusione delle ditte che non avevano raggiunto il punteggio tecnico-qualitativo minimo (40 punti) necessario per potere accedere alla successiva fase della valutazione economica dell'offerta - come prescritto, a pena di esclusione, al punto 9) del disciplinare di gara - e riformulazione della graduatoria.

Né può rilevare la circostanza secondo cui la riapertura della gara risulta essere avvenuta quando le offerte economiche delle ditte già esaminate erano note, trattandosi di un procedimento di riesame degli atti di gara posto in essere per emendare il procedimento di ammissione di offerte economiche illegittimamente esaminate, la cui custodia, peraltro, è da ritenere sia stata correttamente assicurata con modalità idonee a non invalidare le operazioni di gara.

Del resto, l'amministrazione era vincolata ad applicare la prescrizione del disciplinare di gara e, in conseguenza, non poteva che addivenire all'esclusione delle offerte insufficienti, senza margini di discrezionalità al riguardo, a pena di un'inammissibile e plateale violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti.

Per concludere sul punto, è sufficiente aggiungere che, come ripetutamente affermato, rispetto all'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la giurisprudenza ha ritenuto legittime le clausole del bando che prevedono la valutazione dell'offerta economica solo in caso di un punteggio minimo raggiunto dall'offerta, considerata la rilevanza che può avere l'aspetto della qualità tecnica per l'amministrazione aggiudicatrice (cfr., Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2004, n. 1040, che ha affermato la legittimità di una clausola di sbarramento, prevista nel capitolato speciale per una gara di appalto per l'aggiudicazione di un servizio all'offerta economicamente più vantaggiosa, che non consente la valutazione del prezzo nel caso di offerte che sotto il profilo qualitativo non raggiungano un punteggio minimo; *idem* TAR Lazio, Roma, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 630).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla *lex specialis* di gara ed alla normativa di settore l'operato della Commissione gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito