

La verbalizzazione delle operazioni di gara: tra formalismo, prassi e... sostanza

di Maura Mancini

“ Né l'ordinamento comunitario né quello nazionale disciplinano in modo specifico le modalità ed i criteri di verbalizzazione delle operazioni di gara, che vengono, di fatto, rimesse alle singole stazioni appaltanti con conseguente rischio di contenzioso. ”

1. Premessa

La verbalizzazione costituisce una forma di garanzia della trasparenza delle operazioni di valutazione delle offerte, in quanto tale, rappresenta un indubbio strumento di controllo della legittimità dell'azione amministrativa. Detta attività ha lo scopo di documentare l'attività della commissione di talché la mancata integrale trascrizione di tutti gli elementi relativi alle operazioni compiute ovvero altri "vizi" rilevabili nel verbale costituiscono mere irregolarità di per sé non autonomamente invalidanti a meno che non si ravvisino ulteriori elementi sintomatici che facciano dubitare in merito alla non corrispondenza sostanziale di quanto riportato nel processo verbale con l'effettiva attività svolta dalla commissione ⁽¹⁾.

A tal riguardo, né l'ordinamento comunitario né il nostro ordinamento disciplinano in modo specifico le modalità ed i criteri di verbalizzazione delle operazioni di gara. Infatti, la direttiva n. 2004/18 CE regola il profilo in questione al solo art. 43 (recante: "Contenuto dei verbali") ove si legge: "Per ogni appalto, ogni accordo quadro e ogni istituzione di un sistema dinamico di acquisizione l'amministrazione aggiudicatrice redige un

verbale contenente almeno le seguenti informazioni: a) il nome e l'indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice, l'oggetto e il valore dell'appalto, dell'accordo quadro o del sistema dinamico di acquisizione; b) i nomi dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e i motivi della scelta; c) i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione; d) i motivi del rigetto delle offerte giudicate anormalmente basse; e) il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi; f) nel caso di procedure negoziate, le circostanze di cui agli articoli 30 e 31 che giustificano il ricorso a siffatte procedure; g) in caso di dialogo competitivo, le circostanze di cui all'articolo 29 che giustificano il ricorso a tale procedura; h) se del caso, le ragioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice ha rinunciato ad aggiudicare un appalto, a concludere un accordo quadro o a istituire un sistema dinamico di acquisizione. Le amministrazioni aggiudicatrici prendono gli opportuni provvedimenti per documentare lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione condotte con mezzi elettronici. Il verbale o i suoi elementi principali sono comunicati alla Commissione qualora ne faccia richiesta".

(1) TAR Lazio, Roma, sez. I, 20.9.2010, n. 32353 (decisione assunta nell'ambito di un giudizio in materia di concorsi pubblici, tuttavia il principio espresso riveste carattere generale).

Analogamente, a livello nazionale, è presente una sola disposizione tra l'altro alquanto generica e tutt'altro che chiara: quella di cui all'art. 78, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. che indica gli elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi "per ogni contratto" disponendo quanto segue: "L'art. 78 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. dispone quanto segue: "1. Per ogni contratto, ogni accordo quadro e ogni istituzione di un sistema dinamico di acquisizione, le stazioni appaltanti redigono un verbale contenente almeno le seguenti informazioni: a) il nome e l'indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice, l'oggetto e il valore del contratto, dell'accordo quadro o del sistema dinamico di acquisizione; b) i nomi dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e i motivi della scelta; c) i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione; d) i motivi dell'esclusione delle offerte giudicate anormalmente basse; e) il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi; f) nel caso di procedure negoziate previo e senza bando, le circostanze, previste dal presente codice, che giustificano il ricorso a dette procedure; g) in caso di dialogo competitivo, le circostanze, previste dal presente codice, che giustificano il ricorso a tale procedura; h) se del caso, le ragioni per le quali l'amministrazione ha rinunciato ad aggiudicare un contratto, a concludere un accordo quadro o a istituire un sistema dinamico di acquisizione. 2. Le stazioni appaltanti provvedono alla redazione del verbale secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti. 3. Le stazioni appaltanti adottano le misure necessarie e opportune, in conformità alle norme vigenti, e, in particolare, alle norme di cui al decreto legislativo 7.3.2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), se tenute alla sua osservanza, per documentare lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione

condotte con mezzi elettronici. 4. Il verbale o i suoi elementi principali sono comunicati alla Commissione, su richiesta di quest'ultima."

In sostanza, le tecniche di redazione dei verbali e l'aspetto – senz'altro più "sensibile" – attinente la custodia dei plichi tra una seduta e l'altra con la relativa verbalizzazione vengono, di fatto, rimesse alle singole stazioni appaltanti⁽²⁾ con conseguente rischio di contenzioso.

3.1. Il verbale: la tempistica di redazione ed il relativo contenuto

“ Posta l'assenza di specifica prescrizione in tal senso, la redazione del verbale non deve essere necessariamente contestuale rispetto alla seduta di gara cui lo stesso si riferisce ”

Pur nella genericità della normativa, si possono individuare alcuni punti fermi che di seguito si passano in rassegna.

Posta l'assenza di specifica prescrizione in tal senso, la redazione del verbale non deve essere necessariamente contestuale rispetto alla seduta di gara cui lo stesso si riferisce.

Parimenti, in caso di più sedute, non è necessaria una verbaliz-

zazione contestuale in occasione delle singole riunioni ben potendo redigersi un unico verbale (in tal senso, da ultimo e tra le tante: Consiglio di Stato, sez. III, 1.9.2014, n. 4449: nella fattispecie di verbalizzazione delle operazioni di gara durata circa un anno e mezzo per trentacinque sedute svoltesi a distanza le une dalle altre; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 27.11.2014, n. 1300: ove i giudici hanno ritenuto esente da censura l'unico verbale conclusivo, formato il 9.6.2014, che faceva riferimento a sei riunioni tenutesi nell'arco di undici giorni, respingendo, quindi, la censura per violazione del principio di buona amministrazione e dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006, avanzata in proposito dal ricorrente).

Anche un verbale di gara postumo è assistito – al pari di quelli redatti contestualmente – da fede privilegiata ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c. quanto ai fatti ivi

(2) Che ben possono, però, provvedere in via di autoregolamentazione anche dotandosi di regolamenti interni disciplinati detto profilo.

riportati di talché per contestarli è necessaria la presentazione di querela di falso (tra le tante: Consiglio di Stato, sez. V, 23.10.2014, n. 5253⁽³⁾).

Tuttavia, a tutela della genuinità del verbale, onde scongiurare la "dispersione" di elementi informativi, la verbalizzazione – sebbene differita – dovrà avvenire entro un termine ragionevolmente breve rispetto alla data di effettivo compimento delle attività rappresentate nel verbale stesso (Consiglio di Stato, sez. V, 18.3.2010, n. 1589⁽⁴⁾).

Resta, in ogni caso, fermo il principio per cui ogni censura in merito alla verbalizzazione differita può essere effettivamente mossa solo qualora sia provato che detto *modus operandi* "abbia determinato un *vulnus* apprezzabile degli interessi in gioco" (Consiglio di Stato, sez. V, 21.1.2009, n. 278 nonché 2.9.2005, n. 4463) costituendo onere del segretario verbalizzante prendere i necessari appunti per poter in un secondo momento redigere il relativo verbale (Consiglio di Stato, sez. V, 21.3.2012, n. 1599). Qualora non venga contestualmente verbalizzata l'attività svolta, e soprattutto in presenza di operazioni di valutazione protrattesi per un lungo periodo, è, comunque, opportuno "annotare con carattere di completezza i momenti essenziali in cui si sono articolate le operazioni di gara e, segnatamente, l'espressione in termini numerici dei giudizi di merito di ciascuna offerta, attraverso la redazione di documenti che, anche se non accompagnati da tutti gli elementi formali in cui si sostanzia il verbale, si presentino idonei a ricostruire *ex post* con adeguato grado di certezza lo svolgimento del procedimento di gara." (Consiglio di Stato, sez. III, 26.5.2014, n. 2692).

Orbene, sulla base delle decisioni giurisprudenziali, si può identificare il seguente contenuto minimo dei

verbali: *a*) l'indicazione in merito all'articolazione delle varie sedute (specificazione del numero di sedute, della data e dell'orario di inizio e di conclusione); *b*) l'indicazione dei membri presenti (al fine di consentire una verifica, anche *ex post*, in merito alla regolarità nella composizione stante la qualifica di collegio perfetto); *c*) una descrizione delle attività svolte che consenta di ripercorrere l'iter argomentativo seguito nell'adozione delle decisioni (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 16.11.2000, n. 6128; ma, in particolare, TAR Piemonte, Torino, sez. II, 14.4.2003, n. 598).

Ovviamente, per ciò che riguarda detto ultimo profilo, è opportuno che quanto più estesa è l'ampiezza del potere tecnico-discrezionale riservato alla commissione di gara, tanto più intenso dovrà essere l'onere di specificare le ragioni poste a base degli apprezzamenti compiuti, fermo restando in ogni caso l'insussistenza "di alcun obbligo normativo di esternazione, in sede di verbale, delle posizioni assunte dai singoli componenti della commissione o di evidenziazione dei termini del dibattito collegiale, essendo sufficiente la adeguata esplicitazione della posizione assunta in sede collegiale dall'organo valutativo" (Consiglio di Stato, sez. V, 12.6.2009, n. 3716).

Per quanto attiene, invece, le date ed orari delle sedute della commissione nonché eventuali contrasti tra le minute dei singoli commissari e quanto riportato nei verbali di gara, una mera incertezza su detti elementi che non sia però tale da far configurare alcun concreto (e grave) vizio e/o errore valutativo, non costituisce di per sé causa di annullamento in autotutela; annullamento che, in tal caso, sarebbe, anzi, contrastante con l'interesse pubblico all'efficienza amministrativa e gestionale ed irragionevolmente penalizzante per l'impresa vulnerata dall'atto di autotutela (TAR Friuli

(3) Il Consiglio di Stato era stato chiamato a pronunciarsi in merito all'omessa verbalizzazione in un verbale di gara del giudizio attribuito all'offerta tecnica di un concorrente laddove detto giudizio era, comunque, presente in forma numerica in altro verbale successivo che riportava, a chiusura della fase di valutazione delle offerte tecniche, una tabella riepilogativa di tutti i punteggi attribuiti. In tale contesto, tra l'altro, la commissione di gara – accortasi dell'errore a seguito di ricorso proposto da un concorrente – aveva proceduto, in modo postumo, a redigere un nuovo verbale ove aveva dato atto dei giudizi relativi all'offerta erroneamente omessi nel verbale già redatto ma presenti, invece, nel brogliaccio originale della gara.

(4) Nella fattispecie posta all'esame del Collegio, la commissione giudicatrice aveva dichiarato di avere letto gli elaborati facenti parte della documentazione tecnica delle ditte ammesse alla gara nel corso delle giornate del 28-29 maggio e 12 giugno 1998 senza redigere contestualmente alcun verbale ed aveva proceduto, nella successiva seduta del 17 giugno 1998, all'attribuzione dei punteggi ed alla relativa verbalizzazione.

Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 25.11.2013, n. 614⁽⁵⁾). Con riferimento, infine, il suaccennato profilo della custodia dei plichi tra una seduta e l'altra, la giurisprudenza a tal riguardo si è evoluta da un approccio maggiormente rigorista – secondo cui la mancata verbalizzazione in modo puntuale delle cautele adottate nella custodia dei plichi e dell'efficacia di dette cautele costituirebbe motivo invalidante della procedura di gara⁽⁶⁾ – ad una posizione più sostanziale (aderente al generale principio di conservazione degli atti giuridici) secondo cui una verbalizzazione generica è solo un elemento indiziario che può essere oggetto di censura solo se accompagnato dalla dimostrazione di ulteriori elementi volti a far dubitare della "genuinità" dei plichi: restando, quindi, ferma la necessità, in ogni caso, di provare la sussistenza di una effettiva violazione dell'integrità e segretezza dei medesimi. Pertanto, la mancata indicazione nel verbale delle cautele adottate per la conservazione dei plichi non può tradursi *de plano* in effetto viziante della procedura concorsuale: in tal senso, il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3.2.2014, n. 8.

Nella fattispecie su cui la Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi, era stata censurata la violazione del principio di trasparenza articolato sulla base dei seguenti rilievi: i) l'omessa presenza in uno dei verbali di gara della formula di rito nella quale veniva data atto della

integrità dei plichi e delle misure adottate per la relativa custodia; ii) la circostanza per cui, in sede di un primo accesso agli atti, la ricorrente aveva avuto copia dell'offerta tecnica ed economica dell'altra impresa entrambe prive sia del timbro che della data di relativa sottoscrizione mentre, in un secondo momento, in occasione di un successivo ulteriore accesso agli atti, la stessa avrebbe preso visione dell'offerta tecnica ed economica in cui detti elementi erano, invece, presenti. Orbene, dette circostanze – proprio sulla base delle argomentazioni testé esposte – non sono state ritenute dalla Plenaria idonee a porre in discussione la genuinità delle offerte. Da ultimo, si rinvia all'interessante pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 14.10.2014, n. 5060 (richiamata anche dall'Adunanza Plenaria testé riportata) ove, tra l'altro, viene ragionevolmente evidenziato quanto segue: "(...) per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione, ad esempio ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte), e nondimeno che chi sia interessato a farlo possa darne la prova; e per contro, e altrettanto ragionevolmente – il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi".⁽⁷⁾

(5) I giudici hanno ritenuto, quindi, illegittimo il provvedimento di annullamento in autotutela adottato dall'Amministrazione motivato in base all'impossibilità: di "ricostruire compiutamente i lavori svolti dalla commissione di gara", di "correggere refusi relativi all'attribuzione dei punteggi senza che ciò comporti una rivalutazione *ex post* dei progetti tecnici" e di "verificare compiutamente tutta l'attribuzione dei punteggi in quanto non tutti i punteggi sono riportati nelle minute".

(6) In tal senso: Consiglio di Stato, sez. VI, 27.7.2011, n. 4487 nonché 23.6.2011, n. 3803 e 30.6.2011, n. 3902; sez. V, 21.5.2010, n. 3203 nonché 12.12.2009, n. 7804. L'adesione a tale ordine di argomenti comporta quanto segue: 1) l'insufficienza di verbalizzazioni con generico riferimento ai locali di custodia dei plichi, senza precisare se gli stessi siano stati nuovamente risigillati o comunque richiusi in modo adeguato così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione (cfr. sul punto l'anzidetta sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 21.5.2010, n. 3203); 2) la necessità di dare atto a verbale della integrità dei plichi; 3) la necessità che nel verbale risulti il nominativo del soggetto a cui siano materialmente consegnati i plichi ovvero dell'ufficio cui sono consegnati e all'interno del quale essi vanno conservati, con individuazione immediata del suo responsabile.

Dunque, secondo detto orientamento giurisprudenziale, le garanzie a cautela della integrità dei plichi integrerebbero una fattispecie di pericolo, non una fattispecie di danno. In conseguenza di ciò, quindi, sarebbe sufficiente che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, e senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere di provare un concreto evento di danno (così Consiglio di Stato, n. 3203/2010).

(7) Si ritiene utile riportare anche le ulteriori considerazioni del Collegio: "In linea di principio tutto quanto sopra consente pure di affermare che sussiste un vizio invalidante del procedimento di scelta del contraente soltanto qualora esso sia positivamente provato (se del caso all'esito o nel corso di un processo penale), o quanto meno vi siano seri indizi, che la documentazione di gara sia stata manipolata negli intervalli fra un'operazione e l'altra, e che in tale ordine delle cose dalla menzione a verbale delle modalità di conservazione della documentazione medesima discende il mero effetto della

Del medesimo tenore, si segnalano anche: il TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 8.9.2014, n. 1488 che coerentemente ha ribadito “l'impossibilità di provare per presunzione semplice – difettando i requisiti di cui all'art. 2729 c.c. gravità, precisione e concordanza – la mancanza, al momento dell'apertura delle buste, di un determinato documento ovvero di una determinata dichiarazione richiesta a pena di esclusione ed associando tale mancanza al fatto noto del successivo mancato ritrovamento tra gli atti rimasti presso l'Amministrazione (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7.5.2014, n. 1179; CGA 28.4.2011, n. 333; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 15.1.2009 n. 639).”; nonché il TAR Piemonte, Torino, sez. I, 9.1.2015, n. 47 secondo cui: “la mera mancata verbalizzazione delle modalità di conservazione delle buste si rivela, di per sé, del tutto insufficiente a giudicare violati i principi di segretezza delle offerte, di trasparenza e di imparzialità”.

In sintesi, il generale obbligo di custodia dei documenti di una gara posto a carico della stazione appaltante rende legittimo presumere che lo stesso venga sempre assolto con l'adozione delle ordinarie garanzie di conservazione degli atti amministrativi di talché non può essere messo in discussione in assenza di alcun elemento concreto e specifico atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei plichi, la manomissione delle offerte o un altro fatto rilevante al fini della regolarità della procedura (Consiglio di Stato, sez. V, n. 5732/2014, *cit.*; Consiglio

di Stato, sez. III, 5.2.2013, n. 688 nonché 2.8.2012, n. 4422; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, n. 9196/2013, *cit.*; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 27.6.2012, n. 1794).

3.2. Il ruolo del segretario verbalizzante

Il segretario verbalizzante è il soggetto abilitato alla redazione del verbale di gara quale documento assistito dallo specifico valore fidefacente delle operazioni ivi descritte; tuttavia egli non partecipa alla formazione delle decisioni adottate dalla commissione né concorre nella definizione delle modalità di svolgimento delle riunioni e, pertanto, non incorre nel regime delle incompatibilità proprio dei commissari posto dall'art. 84, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, benché la figura del segretario non sia essenziale ai fini

“ Il segretario verbalizzante è il soggetto abilitato alla redazione del verbale di gara quale documento assistito dallo specifico valore fidefacente delle operazioni ivi descritte ”

della perfezione del collegio, qualora già nel provvedimento di nomina della commissione sia stato identificato il soggetto chiamato a svolgere le funzioni di segretario verbalizzante è costui e solo costui che dovrà verbalizzare le sedute – siano esse pubbliche che riservate – essendo illegittima qualsivoglia attribuzione del predetto compito ad altro soggetto (ad esempio, ad un membro della commissione) che risulterebbe, pertanto, incompetente (Consiglio di Stato, sez. III, n. 2692/2014, *cit.*).⁽⁸⁾ Sebbene privo del diritto di giudizio e di voto, la figura di che trattasi ha comunque un'indubbia rilevanza nell'ambito della tutela della riservatezza delle opera-

prestituzione di una prova dotata di fede privilegiata, ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c., idonea quindi a prevenire o a rendere comunque più difficoltose future contestazioni: ma, per quanto detto innanzi, tali menzioni a verbale, ancorché accurate nel loro contenuto, comunque non impediranno l'esercizio dei poteri della autorità giudiziaria ovvero, a chi vi abbia interesse, il fornire la prova dell'avvenuta manipolazione, se del caso anche con il procedimento di querela di falso di cui all'art. 77 e ss. c.p.a. e di cui alla disciplina dell'art. 221 c.p.c. ivi presupposta; e – allo stesso modo – la mancanza o l'incompletezza della verbalizzazione medesima, ovvero l'eventuale inadeguatezza delle modalità di custodia prescelte avranno soltanto l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, ovvero rappresentare quegli indizi”.

(8) A tal riguardo, nel caso in cui il provvedimento di nomina della commissione racchiuda due statuizioni configgenti (dando atto nella premessa del duplice ruolo di un componente sia quale membro che quale segretario verbalizzante, mentre il dispositivo gli affida il solo secondo incarico), l'antinomia deve essere risolta accordando prevalenza alla parte dispositiva che contiene per sua natura gli elementi destinati a consentire l'identificazione degli effetti dell'atto (TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 5.3.2010, n. 1122).

zioni di valutazione delle offerte tecniche. Pertanto, qualora il soggetto designato quale segretario verbalizzante sia portatore di un interesse suo privato (ad es. qualora sia anche responsabile tecnico di un operatore economico partecipante alla procedura) che pregiudichi l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa detta circostanza può assumere rilievo al fine di concretizzare una situazione di incompatibilità volta a scongiurare il pericolo di un'eventuale divulgazione delle operazioni di gara svolte in seduta riservata. È infatti sufficiente il solo sospetto della possibile divulgazione delle argomentazioni addotte da ciascun commissario nel corso della discussione di valutazione delle offerte, a costituire un *vulnus* al principio della riservatezza delle sedute di che trattasi.

Chiarito il ruolo del segretario verbalizzante, si pone un'interessante tematica relativa all'ampiezza dei poteri del medesimo nelle attività di verbalizzazione a lui demandate.

In altri termini, il segretario è un mero esecutore "a servizio" della commissione – ed, in quanto tale, tenuto a verbalizzare, su indicazione in tal senso di un membro di commissione, anche fatti/atti non percepiti direttamente dal medesimo nel corso della seduta – oppure gli è riconosciuta una qualche autonomia?

Ciò che è indubbio è che, in una fattispecie come quella sopradescritta, il segretario debba quantomeno documentare l'istanza di verbalizzazione proveniente dal membro di commissione. Per quanto riguarda, invece, quali circostanze documentare, la redazione del verbale è di esclusiva competenza del segretario e, pertanto, è unicamente sul medesimo che grava la responsabilità per ciò che è stato verbalizzato (e anche per ciò che invece non lo è stato).

Sicuramente considerazioni di detto tenore porterebbero a ritenere ragionevole l'introduzione di una prescrizione normativa che imponga il possesso da parte

del segretario verbalizzante di una qualifica di funzionario (ossia di livello almeno pari a quello richiesto per i membri di commissione).

3.3. Il tempo impiegato per la disamina delle offerte e la siglatura della documentazione da parte dei commissari

Costituisce principio universalmente condiviso quello secondo cui le sedute delle commissioni di gara si devono ispirare al principio di concentrazione e continuità, tendendo a concentrare, ove possibile, l'esame delle offerte tecniche ed economiche in una sola seduta o, comunque, evitando soluzioni di continuità che favoriscano possibili influenze esterne idonee a minare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione (Consiglio di Stato, sez. V, 23.11.2010, n. 8155); tuttavia, è altrettanto pacifico che la tempistica più o meno lunga delle operazioni di verifica/valutazione delle offerte deve essere parametrata ad elementi specifici della fattispecie concreta: quali, ad esempio, la complessità dell'appalto, il valore del medesimo, il numero delle voci oggetto di rilievo e giustificazioni, ecc. (Consiglio di Stato, sez. VI, 4.8.2011, n. 4801).

Si tratta del c.d. principio di relatività delle operazioni di gara in guisa del quale la tendenziale concentrazione delle operazioni di gara è sempre derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. che giustificano il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate (Consiglio di Stato, sez. III, 25.2.2013, n. 1169).⁽⁹⁾ Pertanto, dal punto di vista operativo, nelle procedure ad evidenza pubblica il tempo dedicato dalla commis-

(9) Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 24.4.2013, n. 2282: "Nelle gare d'appalto, le garanzie di imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa postulano che le sedute di una commissione di gara debbano ispirarsi al principio di concentrazione e continuità e, conseguentemente, la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve avvenire in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione stessa. Tale principio è soltanto tendenziale ed è suscettibile di deroga, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscono l'espletamento di tutte le operazioni in una sola seduta, dovendo in questo caso essere minimo l'intervallo tra le sedute e dovendo essere predisposte adeguate garanzie di conservazione dei plichi".

sione giudicatrice alle operazioni di disamina non costituisce, di per sé, un elemento invalidante dei giudizi conclusivi espressi dalla stessa, la cui logicità e ragionevolezza devono essere valutati sulla base di quanto oggettivamente espresso negli atti che si intendono contestare (cfr. da ultimo: Consiglio di Stato, sez. V, 28.7.2014, n. 3998; nonché: Consiglio di Stato, sez. IV, 28.3.2011, n. 1871; Consiglio Stato, sez. V, 12.6.2009, n. 3768). In altri termini, l'esiguità dell'elemento temporale può essere addotta quale motivo di censura di una superficialità nell'esame delle offerte solo qualora, oltre alla brevità delle operazioni, venga riscontrato un esito irrazionale e illogico delle determinazioni conclusive assunte (Consiglio di Stato, sez. V, 16.6.2010, n. 3806) in quanto tale legittimamente censurabile in sede giurisdizionale per difetto di istruttoria.

Analogamente, anche un'eccessiva dilatazione della tempistica delle operazioni di disamina non comporta *ex se* l'illegittimità delle operazioni di gara (Consiglio di Stato, sez. IV, 22.11.2013, n. 5542) in quanto "il principio di continuità e concentrazione riveste natura meramente tendenziale e va interpretato in maniera flessibile, in relazione alla complessità delle attività poste in essere la quale (...) è, di per sé, idonea a giustificare la deroga al suddetto principio" (TAR Campania, Napoli, sez. V, 6.3.2014, n. 1428 nonché sez. VIII, 2.7.2010, n. 16568); sempre sul tema, è infondata ogni censura circa la violazione del principio di continuità delle gare di appalto per l'interruzione protratta nel periodo della pausa estiva (in tal senso: tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 3.1.2002, n. 5).

Va, comunque, rilevato che l'irragionevole dilatamento della tempistica di svolgimento delle operazioni di gara non determina *de plano* l'invalidità della procedura⁽¹⁰⁾ in quanto "l'elemento temporale viene in rilievo (...) solo quale indice di un regolare e, se così può dirsi,

"fluida" svolgersi delle operazioni di gara, ma non è un valore in sé, che debba essere tutelato sempre e comunque, indipendentemente dalla tipologia, dalle modalità e, soprattutto, dalle finalità che connotano in concreto la gara" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12.4.2013, n. 1985). Benché, infatti, il fattore tempo concorra a qualificare l'azione amministrativa nei profili del buon andamento e della pronta soddisfazione degli interessi di rilievo pubblico cui è preordinata, detto elemento assume valenza viziante dei provvedimenti adottati solo se siano

violato specifiche norme che, al decorso del tempo, colleghino la decadenza della funzione o se il ritardo sia espressione, sul piano sintomatico, di evidenti vizi di eccesso di potere e, in tema procedure concorsuali, induca al sospetto di manomissioni dei plichi contenuti le offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 3.10.2013, n. 4884).

Nel caso, dunque, di una procedura di gara svolta in varie sedute e per un notevole lasso di tempo, si può ravvisare un vizio invalidante solo se sia positivamente provato, o quanto meno

vi siano seri indizi, che i documenti di gara siano stati manipolati negli intervalli fra un'operazione di verbalizzazione e l'altra (Consiglio di Stato, sez. III, 10.9.2014, n. 4605; Consiglio di Stato, n. 4449/2014, cit.).

Altro profilo eminentemente operativo è costituito dalla prassi in virtù della quale i membri di commissione appongono sovente una sigla sia sulla documentazione di gara (*id est* sulle offerte tecniche) – sia essa solo sul frontespizio o anche su tutte le pagine che la compongono – che su tutte le pagine dei verbali della stessa commissione.

A tal riguardo, in via preliminare e del tutto dirimente, deve rilevarsi la mancanza di alcuna disposizione normativa/regolamentare che imponga detto onere (né si comprende, francamente, quale valore si intenderebbe tutelare qualora fosse introdotto detto adempimento);

“ Nel caso di una procedura di gara svolta in varie sedute e per un notevole lasso di tempo, si può ravvisare un vizio invalidante solo se sia positivamente provato che i documenti di gara siano stati manipolati negli intervalli fra un'operazione di verbalizzazione e l'altra ”

(10) In senso contrario, si veda: TAR Puglia, Bari, sez. II, 26.6.2014, n. 808.

pertanto, l'omissione totale o parziale della "siglatura" non può costituire un valido motivo di censura non potendosi desumere dalla relativa mancanza una qualche omessa disamina da parte dei commissari né tantomeno un *vulnus* del principio di collegialità qualora, ad esempio, la sigla non risulti apposta da ogni singolo componente la commissione (in tal senso, tra le tante: Consiglio di Stato, sez. V, n. 6872/2009, *cit.* secondo cui: "Non è prescritto dalla legge o dal bando di concorso che la verbalizzazione delle operazioni concorsuali dovesse essere effettuata con la sottoscrizione foglio per foglio del documento da parte dei commissari.").

Per quanto attiene, poi, lo specifico profilo della verbalizzazione delle sedute, è pacifico che la sottoscrizione dei verbali – nei quali sia stato dato atto della presenza di tutti i componenti – da parte del segretario e del presidente costituisce una sufficiente garanzia in merito alla presenza effettiva di tutti i membri del collegio con la conseguenza che l'eventuale mancata sottoscrizione di taluno degli altri membri non inficia di per sé sola la validità delle sedute. Del resto, basta richiamare il diverso settore dei provvedimenti giurisdizionali collegiali (anch'essi adottati da collegi perfetti chiamati, quindi, ad operare con il *plenum* dei relativi componenti): per la validità dei provvedimenti è sufficiente la sottoscrizione del solo presidente e dell'estensore e la prova della presenza di tutti i membri durante la deliberazione è costituita dall'attestazione contenuta nel verbale di udienza sottoscritto dal segretario (cancelliere) e dal presidente!

In estrema sintesi, se il difetto di sottoscrizione non costituisce di per sé valido motivo di censura a meno che non sia accompagnato da una dimostrazione dell'assen-

za, durante le sedute, di uno dei componenti indicati nel verbale (Consiglio di Stato, sez. VI, 2.2.2004, n. 324⁽¹¹⁾) allora a maggior ragione il vizio *minor* del difetto di siglatura sulla documentazione esaminata dalla commissione e/o sui verbali delle sedute della stessa non può avere alcuna portata invalidante.

Certo è che in presenza di "fogli legati in volume" e di "tutte le pagine (...) firmate dai legali rappresentanti delle società, timbrate e numerate" l'apposizione da parte dei commissari della sigla solo sul frontespizio della documentazione e la consegna della stessa ad un membro con l'incarico di farne copia da consegnare agli altri membri della Commissione, non costituisce valido motivo di censura in merito ad eventuali alterazioni e/o modificazioni delle offerte; la possibilità di alterazioni viene infatti esclusa dalle stesse modalità di rilegatura

delle offerte e, tra l'altro, eventuali censure in relazione a presunte manipolazioni delle offerte potrebbero essere efficacemente mosse solo innanzi al competente giudice penale (TAR Lazio, Roma, sez. II, 12.5.2001, n. 4071).

3.4. La sufficienza di un giudizio in termini esclusivamente numerici

Per quanto attiene la valutazione delle offerte e la conseguente attribuzione dei punteggi – qualora la *lex specialis* abbia predeterminato in modo adeguato l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione oltre ad aver specificato i relativi punteggi (compresi in un *range* limitato) nonché i criteri motivazionali cui ricorrere nella procedura di disamina delle singole offerte presentate – la giurisprudenza è concorde nel ritenere adeguata-

“ La giurisprudenza è concorde nel ritenere adeguatamente assolto l'onere motivazionale posto a carico della commissione giudicatrice tramite l'attribuzione di un giudizio in termini meramente numerici ”

(11) Nella fattispecie posta all'esame del Collegio: un primo verbale risultava sottoscritto da solo due componenti e dal segretario (non risultando né sottoscritto né siglato dal componente supplente presente in sostituzione del membro effettivo); il successivo verbale risultava, invece, sottoscritto dai medesimi due componenti che avevano sottoscritto il verbale della seduta precedente e dal segretario (non risultando né sottoscritto né siglato dal componente effettivo stavolta presente alla seduta). Orbene, affermano i giudici: la mancata sottoscrizione di tutti i componenti può essere imputabile a mera dimenticanza o irregolarità formale e di per sé non dimostra l'assenza dalla seduta del componente che non ha sottoscritto.

mente assolto l'onere motivazionale posto a carico della commissione giudicatrice tramite l'attribuzione di un giudizio in termini meramente numerici (Consiglio di Stato, sez. III, 15.9.2014 n. 4698).

In tal caso, infatti, la motivazione espressa numericamente risponde al principio di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa e, pertanto, ancorché sintetiche, le indicazioni riportate nelle tabelle di valutazione assolvono al richiesto onere motivazionale qualora siano sufficienti a far comprendere

gli elementi di fatto posti a base delle valutazioni stesse (vedasi anche: Consiglio di Stato, sez. III, 28.10.2014, n. 5333).

Del resto, l'adeguato grado di dettaglio della *lex specialis* permette, anche in presenza di una valutazione puramente numerica, di "ridurre in un ambito fisiologico la discrezionalità tecnica valutativa esercitabile dalla Commissione" (Consiglio di Stato, sez. III, n. 4698/2014, *cit.*; Consiglio di Stato, sez. III, 1.8.2014, n. 4067) consentendo comunque di ricostruire l'iter logico seguito dalla commissione di gara nella valutazione delle offerte (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 13.5.2014, n. 2444 nonché, *ex plurimis*: Consiglio di Stato, sez. V, 24.10.2013, n. 5160; sez. III, 15.4.2013, n. 2032; sez. VI, 19.3.2013, n. 1600; 17.12.2008, n. 6290).

L'applicazione del principio *testé esaminato*, non può però essere portato alle estreme conseguenze nel senso di far ritenere legittima una *lex specialis* che preveda, anche per la valutazione delle offerte tecniche, dei criteri meramente automatici di attribuzione dei punteggi ai singoli elementi presi in considerazione, di fatto eliminando ogni discrezionalità. Ciò in quanto un meccanismo come quello in questione elimina una caratteristica consustanziale dell'operazione di valutazione delle offerte tecniche snaturando lo stesso processo valutativo in relazione al quale risulta preclusa ogni sindacabilità attraverso le diverse figure dell'eccesso di potere. Pertanto, è stata censurata una griglia di punteggi articolata su un sistema binario, basato cioè su punteggi 0/1, in guisa della quale l'attribuzione del punteggio conseguiva ad un mera verifica sulla esistenza o meno degli elementi così come definiti nella *lex specialis* (Consiglio di Stato, sez. III, n. 4698/2014, *cit.*).

“ Nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, la commissione ben può riassurgere nello svolgimento delle proprie funzioni riaprendo il procedimento di gara ”

Fattispecie interessante, ai fini della presente trattazione, quella posta all'attenzione della sez. V del Consiglio di Stato, sez. V (che si è espresso con la sentenza 28.3.2008, n. 1332) relativa al grado di dettaglio nell'attribuzione dei punteggi; uno dei motivi di censura era, infatti, costituito dalla mancata separazione da parte della commissione di gara, nell'ambito del punteggio attribuito per la voce "proposte innovative e particolari", del punteggio relativo alla sottovoce "diversificazione del servizio" nonché

alla sottovoce "soluzioni organizzative per fronteggiare situazioni di emergenza". Orbene, il Collegio ha ritenuto detto motivo inconsistente affermando che l'omessa verbalizzazione delle operazioni relative alla attribuzione di un punteggio disgiunto per le differenti sottovoci non è sintomo di obliterazione della valutazione di entrambi i sottocriteri contenuti nella *lex specialis*, una volta che la Commissione ha dimostrato, con l'attribuzione in concreto del

punteggio, di aver disposto dell'intero *range* di punteggio previsto per entrambi i sottocriteri.

4. I margini di autotutela della commissione nelle determinazioni dalla stessa assunte

La commissione è organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione (cfr. *ex plurimis*: Consiglio di Stato, sez. IV, 11.10.2007, n. 5354; sez. V, 24.3.2006, n. 1525) il cui ambito di operatività termina con l'approvazione dei lavori della commissione stessa da parte della stazione appaltante nei confronti della quale si pone in un rapporto servente essendo investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata all'individuazione del miglior concorrente possibile. Dunque, nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione provvisoria (pronunciata in sede di gara) e quella definitiva (ossia fino all'approvazione da parte dei competenti organi dell'amministrazione), la commissione – benché abbia terminato la propria attività istruttoria/valutativa – ben può riassurgere nello svolgimento delle proprie funzioni riaprendo il procedimento di gara. È questo il caso in

cui si palesi la necessità di riesaminare gli atti al fine di correggerne errori e/o eliminarne illegittimità (TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 22.11.2010, n. 33742)⁽¹²⁾. Proprio in ragione della riconducibilità alla commissione della determinazione di esercitare o meno l'autotutela in merito a determinazioni dalla stessa, è legittimo (non configurandosi alcuna carenza di potere) il diniego espresso proprio dalla commissione di gara – e non dalla stazione appaltante – in merito all'annullamento del provvedimento di esclusione di un operatore economico a fronte del preavviso di ricorso dal medesimo proposto ai sensi dell'art. 243-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. *ex multis*: TAR Veneto, Venezia, sez. I, 7.10.2014, n. 1267; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 7.6.2011, n. 811). Le operazioni di riesame da parte della commissione costituiscono, quindi, manifestazione del generale potere di autotutela dell'amministrazione (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 5.10.2005, n. 5360; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 29.5.2008, n. 1116; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 16.9.2004, n. 3382; TAR Campania, Salerno, sez. I, 7.3.2008, n. 269) che viene esercitato antecedentemente al provvedimento di aggiudicazione definitiva e, dunque, in una fase della gara priva di efficacia esterna e di definitività. 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 3.4.2001, n. 1998; sez. VI, 16.11.2000, n. 6128; sez. VI, 11.2.2002, n. 785).

Ne consegue che l'atto di riapertura della gara, non assume un'autonoma identità nell'ambito del procedimento di gara complessivamente inteso (tra le tante: Consiglio di Stato, sez. V, 2.4.2001, n. 1909 nonché 19.3.2001, n. 1642 e 7.3.2001, n. 1344) in quanto non attinge al rango di vero e proprio procedimento di secondo grado. Da ciò discende la non obbligatorietà di comunicarne l'avvio e la non necessità di fornire

particolare motivazione circa l'interesse pubblico, attesa la mancanza di posizioni consolidate in capo ai soggetti partecipanti alla procedura che possono soltanto vantare una mera aspettativa alla conclusione del procedimento (in tal senso: Consiglio di Stato, sez. IV, 29.10.2002, n. 5903 nonché 27.12.2001, n. 6424).

Tuttavia, qualora le operazioni di riesame riguardino attività che ontologicamente devono svolgersi in seduta pubblica (si pensi al caso di riesame delle precedenti determinazioni circa l'ammissione alla gara di alcuni concorrenti) è obbligatorio comunicare ai concorrenti la data di nuova riunione della commissione, indispensabile ai fini del rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza che altrimenti verrebbero violati (Consiglio di Stato, sez. V, 12.11.2009, n. 7042). È, quindi, illegittimo il riesame in seduta non pubblica delle offerte economiche – tra l'altro non preceduto da rituale avviso di convocazione ai concorrenti – a seguito di segnalazione effettuata da un concorrente stesso che aveva rilevato l'erronea trascrizione del ribasso offerto dal medesimo con conseguente alterazione della graduatoria finale (AVCP (ora ANAC), parere di precontenzioso 30.1.2014, n. 19).

Per quanto riguarda il riesame dei verbali di disamina delle offerte tecniche necessitato al fine di procedere alla correzione di errori materiali, va da sé la delicatezza della tematica in ragione del contesto di riferimento (quello della valutazione delle offerte) in cui è necessario evitare strumentali modifiche *ex post* al fine di favorire un concorrente a discapito di un altro alterando gli esiti della procedura.

Dunque, delineare i confini di legittimità di qualsivoglia operazione di rettifica/correzione vuol dire, in primo luogo, definire cosa sia l' "errore materiale" che costituisce, appunto, il presupposto legittimante ogni intervento correttivo. Si definisce "materiale" quell'errore che si sostanzia in un errata indicazione, a seguito di svista o errore accidentale nelle operazioni di verbalizzazione, che comporta un disallineamento tra le risultanze agli atti e l'effettiva volontà decisiona-

(12) Ad esempio, nel caso di riformulazione della graduatoria che porti alla individuazione di un nuovo aggiudicatario provvisorio in seguito al riesame del procedimento di ammissione delle offerte economiche: alcune delle quali illegittimamente esaminate in quanto le relative offerte tecniche non avevano raggiunto la soglia di punteggio minimo di cd. sbarramento posta dalla *lex specialis* e, quindi, dovevano essere pretermesse (cfr. AVCCP (ora ANAC), parere di precontenzioso 24.10.2012, n. 177).

le della stazione appaltante. Per essere tale – appunto: “materiale” – l’errore deve essere riconoscibile *ictu oculi* da chiunque, dal mero esame del documento che lo contiene; senza la necessità di svolgere alcuna indagine ricostruttiva sull’effettiva volontà del soggetto cui l’attività verbalizzata si riferisce. Posta detta premessa di carattere generale, qualsivoglia correzione di errori contenuti in un verbale di gara non può prescindere dall’accertamento in merito alla riconoscibilità *ab esterno* dell’errore stesso; pertanto, è illegittima

la correzione effettuata dalla commissione a seguito ad una rilevata discrepanza tra quanto verbalizzato ed quanto contenuto in atti interni della stazione appaltante (ad es. negli appunti presi dai commissari) che, per loro natura, sono privi di alcuna rilevanza nei confronti di terzi e non godendo, tra l’altro, di alcuna fede privilegiata non posso essere idonei a far correggere il verbale di gara che, invece, è un atto pubblico facente prova fino a querela di falso dei fatti ivi riportati ⁽¹³⁾.

(13) In tal senso: Consiglio di Stato, sez. V, 5.11.2014, n. 5468. Nel caso di specie, la correzione in un verbale era stata effettuata adducendo un errore di trascrizione nei punteggi (trascrizione del punteggio di 54 invece che 56); tuttavia, detta rettifica è stata giudicata illegittima attesa la non evidenza di alcun profilo di riconoscibilità dell’errore. Il Collegio, infatti, ha rilevato quanto segue: “La differenza di punteggio tra 54 e 56 (...) non è in alcun modo percepibile ab esterno da nessuno, essendo tale discrasia venuta alla luce soltanto previa verifica dei c.d. interna corpora dell’Amministrazione, mai pubblicati, menzionati o indicati in alcun atto formale da parte dell’Amministrazione, insufficienti quindi a giustificare la correzione, peraltro in un ambito così delicato come quello delle valutazioni e dei punteggi attribuiti ai concorrenti, che richiedono particolare rigore e serietà per evitare capziose modificazioni ex post a vantaggio di uno dei concorrenti. Inoltre, gli stessi atti che asseritamente avrebbero indotto la Commissione ad effettuare l’anzidetta Commissione, (...), non solo non sono stati allegati ad alcun atto a rilevanza esterna, ma sono anche privi di qualsiasi indicazione riguardante la data, rendendo ulteriormente contrario al principio di trasparenza l’intervento operato ex post dalla Commissione”.