

COMMISSIONE GIUDICATRICE NEL CASO DI AGGIUDICAZIONE CON IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA *

* Tratto da *Codice degli appalti e nuova direttiva ricorsi, aggiornato al terzo correttivo e al d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201 e al d.l. 29 novembre 2008, n. 185*, a cura di Garofoli – Ferrari, Neldiritto, III ed. 2009.

SOMMARIO

Bibliografia.

Sez. I - L'inquadramento ■1. Premessa. ■1.1. Ambito applicativo della disciplina codicistica. ■2. La natura giuridica delle commissioni giudicatrici. ■2.1. Le due tesi: organo consultivo o di amministrazione attiva. ■2.2. Le commissioni giudicatrici quali organi straordinari, temporanei ed aventi natura di collegi perfetti. ■2.2.1. Collegialità. ■3. La disciplina del Codice. ■3.1. La sentenza n. 401 del 2007 della Corte costituzionale. ■3.2. Composizione della commissione. ■3.3. Presidenza della commissione. ■3.4. Altri componenti. ■3.5. Momento della nomina e della costituzione della commissione. ■3.6. Spese per il funzionamento della commissione. ■3.7. Ricostituzione della commissione. ■4. Il regime delle incompatibilità e delle cause di astensione dei componenti della commissione. ■4.1. Incompatibilità. ■4.2. Cause di astensione.

Sez. II - Le domande e le risposte ■1. Quale è il rapporto tra la commissione giudicatrice e l'organo titolare della competenza primaria nella gestione della procedura? ■2. La commissione giudicatrice nelle gare d'appalto è un collegio perfetto? ■3. Integra violazione del principio del *plenum* la mancata sottoscrizione del verbale da parte di tutti i componenti della commissione giudicatrice? ■4. La commissione giudicatrice può delegare a singoli membri o a sottocommissioni determinate funzioni? ■5. Quale è il contenuto minimo del verbale delle operazioni di gara redatto dalla commissione giudicatrice? ■6. È consentito alla commissione giudicatrice avvalersi di pareri esterni e, più in generale, dell'assistenza di estranei? ■7. La commissione giudicatrice è dotata di un potere di autotutela decisoria? ■8. Quali sono le conseguenze in caso di inosservanza delle norme in materia di formazione dei collegi? ■9. Quando può essere impugnato il provvedimento di nomina dei componenti di una commissione giudicatrice dal partecipante che si ritenga leso? ■10. Quali sono le conseguenze in caso accertata incompatibilità di uno dei membri della commissione giudicatrice? ■11. Deve astenersi ai sensi dell'art. 51 c.p.c., il componente di una commissione giudicatrice che con una società concorrente abbia un rapporto di natura volontaria e gratuita? ■12. La commissione giudicatrice deve dare pubblica lettura dei punteggi assegnati?

BIBLIOGRAFIA

VERBARI, *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 60 e ss.; ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Milano, 1985; MELE, *La commissione giudicatrice dell'appalto concorso: un collegio perfetto*, in *Foro amm.*, 1986, 274; A. TABARRINI - L. TABARRINI, *Le commissioni giudicatrici nell'appalto dei lavori pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1996, 1204; DI PALMA, *Collegi perfetti: tra attività valutativa e vincolata*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2, 491; ALESIO, *Enti locali, dirigenti e commissioni di gara: quanto pesa la discrasia Tuel-legge Merloni*, in *D&G, Dir. e Giust.*, 2004, f. 42, 75; ROSSI, *Collegio perfetto, collegio imperfetto e rilevanza dell'attività: a proposito della commissione giudicatrice dell'appalto-concorso*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 1, 215; ALESIO, *Enti, quando il consulente decide la gara. Tanti i dubbi sul ruolo dei tecnici esterni*, *ivi*, 2006, f. 31, 87; DE PAULI, *Illegittima composizione della commissione di gara e interesse all'impugnazione*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2006, 1202; DE NICTOLIS in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito oggettivo e soggettivo*, a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 1007; GALLI - GUCCIONE, *La giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 11, 1191; LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 7; MANCA, *Pronuncia tiepida della Consulta sul Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2007, 12, 50; MEZZACAPO, *Gare bandite dall'amministrazione*

pubblica, in *Guida al dir.*, 2007, f. 35, 94; PONTE, *Opere strategiche: niente dialogo competitivo*, *ivi*, 2007, 36, 82; CUSMAI, *Nuove regole per la Commissione giudicatrice*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2008, 3, 63; DE GIOIA, *Precisazioni sulle commissioni di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 9, 1101; P. DE NICTOLIS - R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli - De Nictolis - Garofoli, vol. III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008; USAI, *Commissione di gara: quali regole per la nomina?*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2008, 11, 71; CARPARELLI, *Il tempo della nomina della commissione di gara, a garanzia della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa*, in www.lexitalia.it; CELOTTO, *La legge di Kirschmann non si applica al codice degli appalti*, testo rielaborato della relazione tenuta al Convegno "Appalti e servizi pubblici: regole, flessibilità e liberalizzazione", Monopoli, 23 e 24 novembre 2007, in www.neldiritto.it; DE NICTOLIS, *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, f. 1, 5; FAVIERE, *Brevi riflessioni sul ruolo della commissione di gara: tra passato, presente e futuro*, in www.giustamm.it; VOLPE, *Il principio di pubblicità delle operazioni di gara tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sez. I - L'inquadramento

1. Premessa. 1.1. Ambito applicativo della disciplina codicistica. L'art. 84 del Codice prevede l'obbligo di demandare la valutazione delle offerte ad un organo collegiale, a competenza tecnica, il cui funzionamento viene presidiato da una serie di rigorose garanzie.

L'obbligatorietà della nomina della commissione è fissata dal Codice allorché si utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in tal caso sarà sempre necessario nominare una commissione di gara, non solo per i lavori, ma anche per i servizi e le forniture (art. 84, comma 1).

Come affermato dai primi commentatori (LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2007, 7), sebbene testualmente l'obbligatorietà della sottoposizione al giudizio di una commissione tecnica sia stata prevista dal legislatore in relazione alle gare d'appalto in cui l'aggiudicazione avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ciò non esclude che anche nel caso in cui la stazione appaltante si determini ad operare la scelta del contraente mediante il criterio del prezzo più basso ben possano essere nominate apposite commissioni per la valutazione delle offerte. Nulla vieta all'amministrazione di nominare commissioni anche nel caso di gare affidate col criterio del prezzo più basso, in considerazione del rilievo che tale aspetto della disciplina di gara attiene al profilo meramente organizzativo, per come riconosciuto dalla giurisprudenza (Tar Toscana, sez. II, 29 aprile 2008, n. 1391, ove il Collegio ha osservato che le amministrazioni possano nominare una commissione nell'ambito di procedure di gara diverse da quelle prese in considerazione dall'art. 21 della Legge Merloni, ai fini di una migliore ponderazione dell'aggiudicazione, trattandosi di scelta che attiene alla potestà autorganizzatoria delle stazioni appaltanti e che, nel caso di specie, era consentita dal regolamento dei contratti del Comune resistente, il cui art. 23 prevede appunto la nomina di una commissione di gara anche per l'espletamento della procedura ad asta pubblica). Semmai, come giustamente rilevato (FAVIERE, *Brevi riflessioni sul ruolo della commissione di gara: tra passato, presente e futuro*, in www.giustamm.it), si potrebbe porre la (diversa) questione in ordine alla natura di organismi meramente consultivi e di supporto che, in assenza di discipline regionali di settore, nascono in virtù di disposizioni regolamentari interne o, addirittura, in virtù di provvedimenti amministrativi dirigenziali relativi alle singole procedure d'appalto.

A tale estensiva conclusione perviene, di recente, la giurisprudenza, rilevando che, 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 parioridazione 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: Corte giust. com.eu., sez. II, 7 ottobre 2004 in causa C-247/02, nonché Cons. St., 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 (Tar Lazio, sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268). Sotto tale

ultimo profilo, quindi, si ritiene estensibile anche all'interpretazione dell'art. 84 del Codice l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto il vigore dell'art. 21 della Legge Merloni, che non risulta essere superato dalle disposizioni introdotte dal legislatore codicistico ed anzi deve ancora trovare applicazione con riferimento all'art. 84 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, l. n. 109 del 1994 (Cons. St., 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 art. 21, quanto meno sotto il profilo delle disposizioni sui criteri e modalità di composizione e dello svolgimento dei relativi lavori.

Secondo altra tesi, in tale ipotesi non dovranno, comunque, trovare pedissequa applicazione tutte le specifiche norme dettate dal Codice (e prima dalla legge Merloni) per il funzionamento della commissione operante secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (si pensi alla puntuale disciplina in tema di incompatibilità, alla composizione o al modo di funzionamento della commissione); in tal senso, si esprimeva la giurisprudenza formatasi antecedentemente al Codice (Tar Napoli, sez. I, 10 dicembre 1998, n. 3762, ove il Collegio ha precisato che nelle procedure di pubblico incanto con criterio automatico di aggiudicazione - massimo ribasso -, la commissione di gara non è chiamata ad esprimere giudizi di merito sulla convenienza economica e tecnica dell'offerta, ma deve procedere solo a calcoli automatici predefiniti, sicché non è richiesto che i suoi componenti siano in possesso di un elevato livello di professionalità specifica nè che si trovino in posizione di imparzialità rispetto alla stazione appaltante; in dottrina, a sostegno di tale conclusione, SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2003, 203; BOTTEON, *La commissione di gara in procedure aggiudicate con criteri automatici (prezzo più basso)*, in www.appaltiecontratti.it).

Tale opinione è condivisa dalla recente giurisprudenza, la quale, in considerazione della ontologica diversità dei due sistemi di aggiudicazione (dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dell'offerta più bassa), conclude nel senso che debba trovare applicazione una distinta disciplina di gara: in tal senso, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613, ove si è affermato che il principio posto dall'art. 84, comma 10, del Codice, secondo cui, per le gare da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione di gara devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, con la conseguenza che la previsione di una commissione permanente, competente ad esaminare gli atti di tutte le gare bandite dal soggetto appaltante, sarebbe illegittima, va riferito esclusivamente allo specifico sistema di gara per il quale è previsto e non può, in ragione della sua specificità e della conseguente sua natura di stretta interpretazione, assumere valenza di principio generale in materia. Tale norma, pertanto, non è applicabile alle gare da aggiudicarsi col criterio dell'offerta più bassa, nelle quali è indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione e l'obbligo della specifica competenza in capo ai commissari non trova automatica applicazione nel caso in cui sia stata rispettata la disposizione contenuta nel comma 10 dell'art. 84. Invero, posta la equiordinazione dei detti sistemi anche sotto il profilo della realizzazione di una effettiva concorrenza tra i partecipanti alle gare pubbliche, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, cui consegue la possibilità (per le Amministrazioni appaltanti) di scelta del criterio di aggiudicazione ritenuto più consono alle caratteristiche del singolo appalto, è da osservare che l'applicazione del criterio della offerta economicamente più vantaggiosa implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del prezzo più basso consegue una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara. Da ciò consegue che solo all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria del sistema della offerta economicamente più vantaggiosa deve ritenersi correlata la prescrizione cautelativa del comma 10 dell'art. 84 Codice in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configurandosi tale

esigenza per il sistema del prezzo più basso, in ragione della rilevata automaticità della scelta, che rende indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione giudicatrice, ferma restando la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indulgenza dei componenti della stessa. Né - si aggiunge - il fatto che l'Amministrazione abbia ritenuto di nominare una Commissione giudicatrice, pur non essendovi tenuta nel caso di specie, comporta *ex se* la conseguenziale applicazione della disciplina introdotta dalla speciale procedura contemplata dall'art. 84, operando implicitamente i soli canoni generali di regolazione dei procedimenti concorsuali (Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613).

Il Codice generalizza ed estende a tutti i contratti pubblici, di lavori e servizi e forniture, la previsione, contenuta nell'art. 21 della legge Merloni, della nomina della commissione giudicatrice, ove il criterio prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La **portata innovativa** della norma può, quindi, cogliersi nella **generalizzazione** della regola secondo cui, in tutti i settori, occorre affidare la valutazione ad un **organo collegiale a competenza tecnica**.

La previgente disciplina, recata dal comma 4 dell'art. 21 della legge Merloni, prevedeva la nomina della commissione giudicatrice per i soli casi (contemplati dal comma 2) di appalti (assegnati mediante appalto-concorso) e di concessioni di lavori (e di opere pubbliche e di pubblica utilità). Si è posta, pertanto, la questione se le disposizioni recate dall'art. 21 fossero da ritenere applicabili limitatamente a detto ambito o non piuttosto da considerare come espressive di norme di principio, come tali da osservare anche in relazione agli altri tipi di concessione appalti pubblici (servizi e forniture).

Parte della giurisprudenza (Tar Veneto, sez. I, 8 novembre 2006, n. 3738; id. 21 febbraio 2005, n. 727), condividendo la tesi estensiva espressa dalla dottrina (ZOPPOLATO, in AA.VV, *Legge quadro sui lavori pubblici Merloni-quater*, Milano, 2003), ha espresso un avviso contrario alla limitazione dell'applicazione della suddetta norma all'ambito degli appalti di lavori, cui testualmente si riferiva, affermando che i principi contenuti nell'art. 21, relativi alla composizione della commissione di gara, finalizzati a garantire la presenza di soggetti particolarmente qualificati nella materia, hanno portata generale e si applicano, pertanto, anche alle procedure di evidenza pubblica che riguardano l'affidamento di servizi e forniture.

Non sono, tuttavia, mancate decisioni di segno opposto, che hanno escluso l'automatica estensione agli appalti di servizi e forniture delle disposizioni di dettaglio contenute nell'art. 21 della legge Merloni, in materia di nomina e composizione delle Commissioni di gara negli appalti di lavori (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3579; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6519; id. 12 novembre 2003, n. 7251; Cons. St., sez. V, 10 giugno 2002, n. 3207; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 1648; da ultimo, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188, ove, in applicazione del principio, il Collegio ha affermato che non possono ritenersi automaticamente illegittime, per violazione dell'art. 21, l. n. 109/1994, le modalità di composizione della commissione giudicatrice di una gara pubblica, nominata per l'affidamento in concessione mista di beni e servizi pubblici, nel caso in cui: a) vi sia la mancanza di un atto formale di nomina della commissione di gara, essendo stati i componenti della stessa designati *singulatim*, con lettere individualmente trasmesse a ciascuno di essi; b) la nomina dei predetti componenti sia avvenuta in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte; c) la designazione di uno dei componenti della commissione sia stata effettuata da un soggetto differente dalla stazione appaltante e, infine, d) i componenti della commissione siano in numero pari). A sostegno si è richiamato il carattere eccezionale delle disposizioni in questione (sia quelle relative al numero e alle modalità di scelta dei componenti la Commissione, sia quella che impone che detta nomina avvenga dopo la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti); in ogni caso, anche laddove il citato art. 21 è stato considerato espressione di un principio generale, ciò si è fatto limitatamente alla disposizione secondo cui i membri della Commissione devono essere in maggioranza esperti del settore cui afferisce l'oggetto di gara, e non certo anche in riferimento alle ulteriori disposizioni di dettaglio contenute nella medesima norma (*ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 18 aprile 2004, n. 1408).

Il Codice, all'art. 84, recependo le direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, che dispongono l'uniformazione della normativa riguardante i tre rami di appalti pubblici, ha dettato la disciplina in tema di commissioni di gara sostanzialmente recependo il contenuto del menzionato art. 21 della legge Merloni, estendendone, come detto, l'applicazione anche per le procedure di gara a evidenza pubblica relative ad appalti di servizi e di forniture. La disposizione codicistica, dettata da evidenti ragioni di semplificazione ed uniformità normativa (Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188 e n. 2189), interviene, dunque, a completamento di quel giusto *iter* di tendenziale uniformazione delle regole che governano l'indizione e lo svolgimento delle gare a evidenza pubblica in materia di appalti pubblici, contenendo, anche sotto tale aspetto, disposizioni da considerare alla stregua di principi della materia.

2. La natura giuridica delle commissioni giudicatrici. 2.1. Le due tesi: organo consultivo o di amministrazione attiva. Due sono le tesi che tradizionalmente sono state proposte in dottrina in ordine alla natura giuridica delle commissioni giudicatrici.

Secondo una **prima tesi**, piuttosto risalente nel tempo (Cons. St., par. 29 febbraio 1968, n. 1379; Tar Lazio, sez. III, 28 febbraio 1977, n. 87), la commissione sarebbe **organo di amministrazione attiva**, in grado di adottare provvedimenti con efficacia esterna (FAVIERE, *Brevi riflessioni sul ruolo della commissione di gara: tra passato, presente e futuro*, in www.giustamm.it, che richiamo in proposito l'ormai sopito dibattito sulla valenza esterna o meno dell'aggiudicazione provvisoria, tradizionalmente pronunciata dalla Commissione di gara e ritenuta, da parte di giurisprudenza, oramai datata, autonomamente impugnabile rispetto alla aggiudicazione definitiva; SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2003, 548). Si è, infatti, sostenuto che la Commissione, in aggiunta ai compiti di organo giudice, potrebbe svolgere il ruolo di aggiudicatrice, vale a dire di organo che non si limita ad esprimere giudizi meramente valutativi, ma estende la propria discrezionalità tecnica sino alla espressione di una volontà parzialmente vincolante per la pubblica amministrazione (Tar Lazio, sez. III, 17 maggio 2002, n. 4438; Cga 6 settembre 2000, n. 413; Tar Valle d'Aosta 6 maggio 1995, n. 53).

È, tuttavia, assolutamente prevalente la **contraria opinione**, che qualifica la commissione quale organo che svolge una **funzione consultiva e proponente** (Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 1991, n. 1081, Tar Brescia 3 febbraio 1984, n. 25; in dottrina, MELE, *La commissione giudicatrice dell'appalto concorso: un collegio perfetto*, in *Foro amm.*, 1986, 274; DE NICTOLIS, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito oggettivo e soggettivo*, a cura di De Nictolis, Milano, 2007, 1007 e ss., ove ulteriori riferimenti). Le commissioni, dunque, secondo l'orientamento più recente, sono titolari della funzione tecnico-valutativa mentre la funzione aggiudicatrice viene ricondotta interamente all'autorità che presiede la gara (stazione appaltante), in quanto attività riconducibile alla sfera gestionale propria della dirigenza (in tal senso, Cons. St., sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5813). In particolare, la commissione di gara svolge unicamente compiti di accertamento e valutazione tecnica, che, in particolare, si sostanziano nelle seguenti attività: esame delle offerte tecniche ed economiche; presa d'atto dei criteri valutativi (in tutte le loro articolazioni) formulati negli atti di gara; estrapolazione dalle offerte tecniche di quegli elementi del progetto (o della scheda tecnica, piano di lavoro ecc.) che la stazione appaltante indicherà quale oggetto di valutazione; presa d'atto della graduazione e dell'ordine di importanza che gli atti di gara hanno prestabilito nonché delle altre modalità di motivazione che la stazione appaltante avrà individuato; scelta valutativa ed attribuzione del punteggio (sempre nell'ambito dei *range* fissati dalla stazione appaltante).

Invero, le ragioni del contrasto devono farsi dipendere dalla natura vincolante, in passato prevista per le opere di competenza statale (art. 4, comma 6, r.d. n. 422 del 1923), del parere (tecnico) della commissione, essendo controverso se i pareri vincolanti siano atti di natura consultiva ovvero abbiano natura decisoria.

Deve decisamente propendersi, in ogni caso, per la tesi che ascrive l'operato (e, di risulta, la natura) delle commissioni giudicatrici all'area della funzione consultiva, non essendo il giudizio dalle stesse espresso atto conclusivo del procedimento di gara, come tale non autonomamente lesivo e, quindi, non suscettibile di autonoma impugnazione (Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360, ove si esclude che la commissione di gara sia una figura organizzativa distinta dalla stazione appaltante, la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dagli organi competenti dell'amministrazione appaltante). È ben possibile, infatti, che, all'esito del parere espresso dalla

commissione, l'amministrazione decida di non aggiudicare l'appalto (di recente, in proposito, Tar Lecce, sez. II, 23 ottobre 2004, n. 7437, ove si afferma che «nel caso di esclusione automatica ex art. 21, comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994 n. 109, e tenuto conto del criterio di aggiudicazione del massimo ribasso offerto rispetto all'importo a base d'asta, sia il responsabile del procedimento che l'organo competente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in sede di controllo dell'operato della commissione giudicatrice, possono verificare l'esattezza del calcolo della soglia di anomalia ed eventualmente individuare una soglia di anomalia diversa da quella stabilita dalla stessa commissione, provvedendo conseguentemente all'aggiudicazione definitiva nei confronti di un'impresa diversa da quella indicata come aggiudicataria provvisoria»).

2.2. Le commissioni giudicatrici quali organi straordinari, temporanei ed aventi natura di collegi perfetti. Secondo un orientamento consolidato, la commissione giudicatrice di gare d'appalto è un **organo collegiale straordinario, temporaneo e perfetto**.

Organo straordinario, in quanto viene istituita in relazione ad una specifica procedura, connessa ad un determinato appalto, allo scopo di scegliere, nel modo più oculato possibile, il contraente (Tar Piemonte, sez. II, 26 ottobre 2007, n. 3305; Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9189). Da questo punto di vista, la commissione si contrappone agli organi a competenza generale, il che rileva in ordine alla diversità di conseguenze dell'eventuale illegittimità dell'atto di investitura e di nomina (si rinvia a quanto sarà esposto *sub* 9 e 10, II).

Organo temporaneo, poiché la commissione si scioglie nel momento in cui esaurisce i suoi compiti, per effetto della individuazione della migliore offerta. È, infatti, acquisito alla riflessione giurisprudenziale che la commissione di gara costituisce organo speciale e temporaneo dell'amministrazione, la cui legittimazione ad operare in via collegiale (in persona del presidente), è necessariamente subordinata alla pendenza del procedimento di gara, sino al limite funzionale e temporale del suo esaurimento, oltre il quale il presidente di seggio cessa la propria funzione (C.g.a. 30 settembre 1998, n. 581; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360; Tar Palermo, sez. I, 9 novembre 2005, n. 4992; Tar Lazio, sez. III, 14 febbraio 2006, n. 1071). La commissione cessa di funzionare nel momento in cui esaurisce i suoi compiti, per effetto della individuazione della migliore offerta (Tar Palermo, sez. I, 10 novembre 2004, n. 2494).

Collegio perfetto, in quanto deve operare con il *plenum* dei suoi componenti, esprimendo un giudizio tecnico che deriva dalla comparazione dei vari progetti, sicché non può prescindere dalla contemporanea partecipazione di tutti i suoi componenti alla discussione ed alla formulazione del giudizio tecnico (Tar Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3136; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4196).

2.2.1. Collegialità. La regola della perfetta collegialità, cui soggiace per il suo funzionamento la commissione di gara, merita una specifica trattazione.

In via di prima approssimazione, l'organo collegiale può essere definito un'organizzazione titolare di potestà definite, composta da più unità organizzative portatrici di interessi pubblici (VERBARI, *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 60; tra gli studi sulla collegialità, si vedano, CACCIAVILLANI e MANZI, *La collegialità amministrativa*, Collana di studi di diritto amministrativo della rivista amministrativa della Repubblica, n. 26, Roma, 2000; VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968; ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Milano, 1985; CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980). Il collegio come *munus*, organo dell'amministrazione, è titolare di pubbliche potestà; i componenti sono portatori di interessi pubblici determinati e puntuali: in tal senso è possibile distinguere la volontà del collegio dalla volontà dei singoli componenti. Ogni componente, nel momento in cui manifesta la propria opinione in ordine alla questione posta all'ordine del giorno, concorre a formare la volontà del collegio, perdendo la propria individualità (MELE, *op. cit.*). L'atto collegiale non costituisce la somma di tante volontà individuali, ma è unitario, provenendo collettivamente ed impersonalmente dall'organo che l'ha adottato.

A seconda della funzione perseguita dal collegio, in dottrina (VALENTINI, *op. cit.*) si distingue tra collegi reali (o perfetti) e collegi virtuali (o imperfetti).

I collegi perfetti operano imprescindibilmente al completo dei loro componenti (effettivi o supplenti, ove ne sia prevista la nomina), ritenendosi, dal punto di vista funzionale, che in tal modo sia garantito un esame particolarmente approfondito delle questioni (in genere, di natura tecnica) sottoposte al vaglio contestuale di un numero predeterminato di soggetti particolarmente qualificati. La mancata presenza di

alcuno (*rectius*: anche di uno solo) dei membri del collegio altererebbe la necessaria ottimalità della ponderazione del giudizio tecnico, come predeterminata in astratto dal legislatore, divenendo in tal caso il collegio *ex lege* inidoneo a formulare il giudizio di sua competenza.

Al contrario, i collegi imperfetti o virtuali, che sono di solito finalizzati a comporre interessi di cui i componenti sono portatori, operano anche in mancanza del *plenum* e, quindi, anche se alle riunioni non siano intervenuti tutti i membri dell'organo, purché non si scenda al di sotto di un certo numero di componenti (c.d. *quorum* strutturale).

Stabilire, pertanto, quando ci si trovi in presenza di un collegio reale o virtuale risulta di primaria importanza in considerazione del fatto che diverse sono le regole di composizione e di funzionamento di tali organi collegiali, con immediate ricadute sulla validità degli atti adottati.

La dottrina, alla quale si ritiene di dover prestare adesione, sostiene che siano virtuali quei collegi nei quali i rispettivi componenti rappresentano interessi diversi e sovente confliggenti fra di loro, in modo tale che nel dibattito interno tali interessi si compongano nel confronto, sia trovando un compromesso tra le varie posizioni, sia con l'affermazione della posizione maggioritaria (MELE, *op. cit.*, 1986, 275; ROSSI, *Collegio perfetto, collegio imperfetto e rilevanza dell'attività: a proposito della commissione giudicatrice dell'appalto-concorso*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 1, 215, che dà puntualmente conto delle diverse posizioni dottrinali). In questo caso, la mancata partecipazione all'adunanza di uno o più componenti viene normalmente intesa come una sostanziale rinuncia a far valere in quella sede l'interesse di cui sono portatori.

Di contro, nei collegi perfetti l'interesse perseguito dall'organo collegiale (ovverosia la più approfondita possibile valutazione di un fatto di natura tecnica) è estraneo ai singoli componenti, i quali sono chiamati a farne parte in ragione della loro professionalità tecnica e scientifica e non per la tutela di interessi particolari rilevanti (ROSSI, *op. cit.*). Infatti, i componenti sono soggetti che riflettono conoscenze ed esperienze professionali diversificate, ma tutte necessarie ai fini della delibera collegiale. Da ciò consegue che l'assenza di uno dei componenti, facendo venir meno un contributo necessario per la corretta formazione del processo decisionale o del giudizio tecnico discrezionale, vizia la stessa determinazione finale.

Proprio allo scopo di evitare il sostanziale blocco del funzionamento dell'organo collegiale conseguente all'incolpevole ovvero alla maliziosa assenza di un suo componente, la giurisprudenza ha, comunque, precisato che la suddetta ricostruzione teorica può essere condivisa solo a condizione che la composizione del collegio rifletta professionalità interdisciplinari e complementari tra loro, rendendo in tal modo ciascun membro infungibile rispetto agli altri (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2001, n. 942).

Alla stregua di tali coordinate, è opinione consolidata che la commissione giudicatrice nelle gare d'appalto abbia natura di **collegio perfetto**: si tratta, in particolare, di un organo collegiale tecnico, appositamente nominato dall'amministrazione che ha indetto la gara, preposto alla valutazione e all'eventuale comparazione delle singole offerte presentate, secondo i criteri motivazionali previamente fissati dalla stessa commissione, cui si atterra nell'attribuzione dei punteggi (DI PALMA, *Collegi perfetti: tra attività valutativa e vincolata*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2, 491; DE NICTOLIS, *op. cit.*).

A conferma dell'assunto, la giurisprudenza ritiene che il criterio più sicuro per stabilire, nel silenzio della legge, se si sia in presenza di un organo collegiale perfetto è costituito dalla previsione di membri supplenti: la presenza di questi ultimi appare, infatti, un indice inequivocabile della volontà del legislatore di richiedere la necessaria presenza del *plenum* del collegio per il corretto funzionamento dell'organo (Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2002, n. 5139; id., sez. VI, 13 luglio 2002, n. 562; id., sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1183; id. 22 febbraio 2001, n. 940; id. 7 ottobre 1997, n. 1100).

La giurisprudenza, infatti, qualificando la commissione di appalto come organo collegiale perfetto, afferma che la stessa debba operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti (Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 324, ove si precisa che la previsione di supplenti, in aggiunta ai membri effettivi, disposta con l'atto di nomina della commissione di gara, non è in sé illegittima).

Tuttavia, muovendo dall'osservazione che sarebbe oltremodo iniquo se l'esito della gara fosse condizionato e, pertanto, dipendesse dalla presenza di questo o quel membro, si ritiene che rappresenterebbe un grave *vulnus* al corretto e spedito funzionamento dei collegi la necessità del *plenum*

dei suoi componenti per qualsivoglia attività dell'organo. Si è, quindi, tentato di limitare la portata applicativa del principio in questione: la giurisprudenza ha, infatti, opportunamente specificato come lo stesso possa trovare applicazione solo nel momento in cui la commissione è chiamata a compiere scelte decisive e discrezionali, rispetto alle quali determinante appare il contributo di tutti i componenti del collegio. In particolare, è pacifico che per la determinazione dei criteri di valutazione e di giudizio, nonché per le decisioni conclusive, fasi rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, la commissione giudicatrice debba necessariamente operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti (Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2000, n. 6875; Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3819; id. 11 novembre 2002, n. 6194; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3386; da ultimo, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188 e n. 2189). Di contro, la presenza del *plenum* non è ritenuta necessaria per le attività di carattere meramente preparatorio o istruttorio e per le attività strumentali vincolate (per un'ampia casistica al riguardo si veda DE NICTOLIS, *op. cit.*), quale la compilazione di tavole sinottiche per un immediato confronto fra le principali caratteristiche dei progetti da comparare (Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 1989, n. 108; id., sez. VI, 13 aprile 1991, n. 182; Tar Lazio, sez. III, 12 gennaio 1994, n. 36; id. 24 agosto 1995, n. 1450; Tar Toscana, sez. II, 30 ottobre 1996, n. 666; Tar Marche 16 ottobre 1998, n. 1149), che, comunque, non incidano sull'esame tecnico ed economico dei progetti e sulla formazione della volontà collegiale.

In ogni caso, il *plenum* deve ritenersi necessario non solo per l'attività finale di scelta del progetto più idoneo, ma anche in relazione all'attività istruttorie attraverso cui vengono acquisiti elementi per la formazione della volontà collegiale, come, ad esempio, l'esame dei progetti, la richiesta di chiarimenti, l'audizione degli interessati (in tal senso, riguardo all'audizione dei progettisti delle imprese concorrenti per l'acquisizione di chiarimenti, si veda Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 1989, n. 108; Tar Lazio, sez. III, 21 dicembre 1998, n. 3701).

Ne consegue, pertanto, che la **deroga** al principio della collegialità perfetta sarà ammissibile laddove la commissione giudicatrice sia chiamata a svolgere compiti a carattere non valutativo, che si sostanzino in un'attività puramente preparatoria, istruttorie ovvero strumentale e vincolata, quale la mera verifica dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara, in relazione all'attività di semplice ricognizione della conformità della documentazione prodotta dalle ditte partecipanti alle prescrizioni della lettera di invito (Cons. St., sez. V, 24 aprile 1989 n. 220).

In conclusione, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, se è vero che la commissione di gara costituisce un collegio perfetto, che deve operare con il *plenum* dei suoi componenti nelle fasi il cui l'organo è chiamato a compiere valutazioni tecnico-discrezionali o ad esercitare prerogative decisorie, rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, è altrettanto vero che tale collegialità non è indispensabile quando occorre effettuare attività preparatorie, istruttorie o strumentali verificabili *a posteriori* dall'intero consesso (da ultimo, Tar Napoli, sez. I, 17 giugno 2008, n. 5943; in precedenza, Tar Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3136; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4196; Tar Catania, sez. II, 14 luglio 2005, n. 1138; Tar Milano, sez. III, 20 giugno 2005, n. 1823).

3. La disciplina del Codice. 3.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 2007. Prima di esaminare la disciplina codicistica, occorre segnalare che la Corte costituzionale, con sentenza 23 novembre 2007, n. 401 (per un esame approfondito di tale pronuncia si rinvia ai commenti citati nella bibliografia; in generale, in ordine ai rapporti Stato-Regioni in tema di appalti di servizi si veda LOPILATO, *Appalti di servizi fra Stato e Regioni*, in www.giustamm.it), in esito ai ricorsi presentati da più regioni e dalla Provincia autonoma di Trento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 del Codice, nel testo modificato dal d.lgs. n. 113 del 2007, recanti norme sulle funzioni, sulla composizione e sulla modalità di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non è stato previsto che dette norme abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire.

La Corte ha precisato che i profili riguardanti la composizione delle Commissioni giudicatrici e alle modalità di scelta dei suoi membri non sono rincondubili alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, in quanto *«attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti»*.

È stata, pertanto, ritenuta non conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni la normativa contenuta nei commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, *«la quale vale certamente nel suo insieme per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, mentre per le Regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, Cost. e dall'art. 1, comma 6, della legge di delega n. 62 del 2005»*.

In definitiva, le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84, sono state «dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire».

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, secondo quanto precisato dalla Corte, *«stravolge anche le modifiche alle disposizioni in esame, apportate dal d.lgs. n. 113 del 2007»*.

3.2. Composizione della commissione. Secondo la stessa tecnica dell'art. 21 della legge Merloni, il Codice disciplina in dettaglio solo la composizione della commissione, nonché gli aspetti essenziali relativi all'operato di tale organo collegiale, mentre gli aspetti di dettaglio, relativi al procedimento per lo svolgimento delle attività di competenza della commissione ed alle modalità di nomina dei commissari, sono espressamente demandati dal comma 1 dell'art. 84 alla fonte secondaria (ossia, al regolamento attuativo del Codice).

In forza della previsione recata dal comma 2, la commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti (massimo cinque), esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

Riguardo agli enti locali, costituisce consolidato indirizzo quello secondo cui, in forza dell'art. 107, commi 2, 3 e 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la nomina delle commissioni di gara è di competenza dei dirigenti. In particolare, l'art. 107, comma 3, lett. b), d.lgs. cit. prevede che sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo, tra cui la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso. Tra queste rientra senza dubbio anche la nomina della commissione di gara (Tar Reggio Calabria 23 ottobre 2008, n. 542; Tar Piemonte, sez. II, 19 aprile 2006, n. 1864; Tar Molise 19 settembre 2005, n. 873; Tar Napoli, sez. II, 18 dicembre 2003, n. 15430). Tale conclusione trova conferma nel dato letterale dell'art. 84, comma 2, del Codice, il quale attribuisce espressamente la nomina della commissione al soggetto competente ad effettuare la scelta dell'aggiudicatario, *id est* il Dirigente e non già la Giunta.

La disposizione, imponendo alle stazioni appaltanti di servirsi esclusivamente di soggetti particolarmente qualificati ed altamente professionali, codifica il principio di elaborazione giurisprudenziale (esteso, nel vigore dell'art. 21 della legge Merloni, anche agli appalti di forniture e servizi) della composizione eminentemente tecnica della commissione di gara, da ritenersi immanente nell'ordinamento generale ed operativo in qualsiasi gara, in quanto risponde ai criteri di rango costituzionale di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (Tar Latina, sez. I, 28 aprile 2007, n. 304; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3579; Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2005, n. 4685; Cons. St., sez. V, 18 marzo 2004, n. 1408; Tar Catanzaro, sez. II, 13 gennaio 2006, n. 10; Tar Catania, sez. II, 7 novembre 2005, n. 2022).

Per come espressamente previsto dall'art. 84, comma 2, del Codice, la legittimità della composizione della Commissione giudicatrice dev'essere vagliata in relazione alla complessità dell'oggetto dell'appalto da affidare. Proprio per questa ragione, la giurisprudenza ritiene che sia illegittima la composizione di una commissione di gara che, data la complessità dell'oggetto dell'appalto, non assicuri un adeguato livello di professionalità dei componenti, idonea a fornire le necessarie e specifiche competenze tecniche, per come imposto dall'art. 84, comma 2, del Codice, che richiede che i suoi componenti siano

esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 258, ove il Collegio, alla luce degli elementi tecnici che la Commissione era chiamata a valutare, ha ritenuto che la sua composizione non assicurava le necessarie competenze tecniche specifiche, con particolare riguardo alla materia di ingegneria ambientale, oggetto del contratto).

Tuttavia, si ritiene che il requisito generale dell'esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto debba essere inteso gradatamente e in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, **senza esigere, pertanto, che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara** (Tar Sardegna, sez. I, 4 giugno 2008, n. 1126; Tar Piemonte, sez. II, 22 maggio 2007, n. 2223). La Commissione, **unitariamente considerata**, deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto, nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Secondo un principio generale, discendente dai canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, applicabile a tutti i tipi di appalto, secondo cui la commissione aggiudicatrice, a pena di illegittimità, dev'essere **composta in prevalenza da membri dotati di specifica competenza tecnica**, sicchè, in base a tale principio generale, sussiste la colpa della P.A. nel caso in cui l'illegittimità degli atti di una gara di un appalto derivi dalla nomina di una commissione di gara che non sia stata composta in misura prevalente da componenti dotati di specifica competenza tecnica (Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100, ove, in applicazione di tale principio, la Sezione ha ritenuto illegittima la composizione di una gara, per l'affidamento di un appalto per la conduzione e manutenzione globale degli impianti termici e di condizionamento centralizzati di un'Azienda Sanitaria, costituita da un *ex* dirigente amministrativo, da un funzionario amministrativo con incarico di consulente esterno, da un *ex* impiegato amministrativo dell'ufficio ragioneria, dal dirigente dell'ufficio tecnico dell'Azienda Ospedaliera e dal un medico interno della stessa Azienda). Al riguardo, si afferma che il possesso in capo ai commissari dei requisiti tecnici e della professionalità necessaria a formulare un giudizio pienamente consapevole, costituisce **principio immanente nell'ordinamento generale**, che trascende il settore dei lavori pubblici, per rendersi operativo in qualsiasi gara, in quanto risponde ai criteri di rango costituzionale di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, che richiama in motivazione quella giurisprudenza, formata anteriormente al Codice, secondo cui, pur in mancanza, nel settore degli appalti di servizi, di un'espressa disposizione concernente la composizione della commissione giudicatrice, questa, avendo anche in detto settore il compito di valutare la qualità del servizio offerto, dev'essere composta, almeno prevalentemente, da persone fornite di specifica competenza tecnica o munite di qualificazioni professionali che tale competenza facciano presumere: Cons. St., sez. V, 18 marzo 2004, n. 1408).

Peraltro, il fatto che l'amministrazione abbia scelto i componenti della commissione di gara tra i propri funzionari non pone al riparo dalla violazione dell'art. 84, comma 2, giacchè, in caso di assenza in organico delle specifiche professionalità, l'amministrazione avrebbe dovuto scegliere i commissari o tra funzionari di altre amministrazioni ovvero tra professionisti e professori universitari di ruolo, per come previsto dal successivo comma 8 dello stesso art. 84 (Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 258). Inoltre, il vizio concernente l'inidoneità dei componenti della commissione a compiere le valutazioni tecniche che l'organo tecnico era chiamato a compiere in forza del disciplinare di gara non può essere sanato neppure dalla nomina di uno staff tecnico di supporto, in quanto le commissioni giudicatrici devono essere in grado di valutare da sole le offerte che vengono loro sottoposte (Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 258; sui limiti alla possibilità di assistenza tecnica di estranei all'attività della commissione si rinvia a quanto sarà illustrato *sub* 6, II).

Nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta più bassa, l'automaticità della scelta correlata a tale criterio di aggiudicazione esclude l'illegittimità della composizione per violazione dell'art. 84, comma 2, del Codice in ordine al possesso della competenza (in capo ai commissari) nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, proprio in considerazione della sostanziale indifferenza, rispetto alla specificità del settore, della competenza medesima (Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613).

La giurisprudenza ha precisato che la norma di cui al comma 2 dell'art. 84, che disciplina la composizione della commissione di gara, non ha natura suppletiva e rispetto a quella dettata dal comma

1 del medesimo art. 84 (che rinvia al regolamento di attuazione), la quale, invero, riguarda non già la composizione della commissione di gara, ma il suo funzionamento. A tale conclusione si perviene sia per ragioni d'ordine testuale, sia, sul piano extratestuale, in considerazione dell'interesse protetto dalla norma (garantire il funzionamento della commissione mediante il sistema maggioritario evitando situazioni di blocco), rispondente al principio generale, di rilievo costituzionale, di buon andamento dell'amministrazione (Tar Napoli, sez. I, 20 dicembre 2007, n. 16428, ove, in applicazione del principio suesposto, è stata accolta la censura relativa alla irregolare composizione della commissione di gara, in quanto costituita non già da un numero dispari di componenti, come prescritto dall'art. 84, comma 2, del Codice, ma da quattro membri).

In tal senso, è stato precisato che la circostanza che l'art. 84, comma 1, del Codice, in tema di criteri per la formazione delle commissioni di gara, faccia rinvio ad un regolamento non autorizza a subordinare a quest'ultimo l'operatività della normativa in parola, giacché tale rinvio si riferisce testualmente non già alla composizione delle commissioni giudicatrici, dettagliatamente ed esaustivamente posta dai commi successivi, ma alla disciplina delle modalità secondo le quali la commissione deve operare (Cons. St., sez. V, 4 giugno 2008, n. 2629).

Secondo la giurisprudenza, l'art. 84 del Codice, nel dettare i criteri per la composizione delle commissioni di gara, si pone in rapporto di specialità con la previsione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990 e non richiede, pertanto, una specifica motivazione e neppure una giustificazione preventiva della scelta dei componenti della commissione giudicatrice, ma impone che i soggetti selezionati, nella differente veste di presidente e di commissari, posseggano i requisiti prescritti (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905). A tal proposito, si esclude l'illegittimità della composizione della commissione in ragione del difetto di motivazione nel punto riguardante l'inesistenza di funzionari comunali in luogo dei soggetti esperti nominati all'esterno della compagine comunale. In proposito, si osserva che, fermo restando che deve trattarsi in ogni caso di personale qualificato nelle materia oggetto del contratto da affidare, l'eventuale ricorso all'*outsourcing* nella scelta dei commissari di gara - espressamente previsto, ancorché in via subordinata, dall'art. 84, comma 8, del Codice (su cui si veda *infra sub* 3.3., I) - non può certo comportare un effetto caducante sulla nomina per difetto di motivazione su tale scelta alternativa, la quale peraltro nei Comuni di non rilevanti dimensioni può trovare giustificazioni intrinseche vuoi nella carenza di personale qualificato nello specifico settore di interesse vuoi in più generali finalità di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa (in questi termini, Tar Lecce, sez. II, 14 agosto 2007, n. 3077).

3.3. Presidenza della commissione. Come già previsto dall'art. 21 della legge Merloni, il comma 3 dell'art. 84 del Codice dispone che la commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice (si ricorda che tale comma è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 401 del 2007, nella parte in cui vincola le Regioni, non rientrando la composizione delle commissioni di gara nella competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, ma nell'organizzazione amministrativa, sicché la disciplina statale ha carattere cedevole e non opera per le Regioni che abbiano diversamente disposto).

Il comma 3 è stato, da ultimo, riformulato dal legislatore con il c.d. secondo decreto correttivo del Codice (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113), disponendo che la commissione giudicatrice è presieduta, di norma, da un **dirigente della stazione appaltante** (regola) e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, sempre nominato dall'organo competente (eccezione): per un'applicazione del principio con riferimento agli enti locali si veda Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332.

Il testo originario prevedeva in modo perentorio che la commissione giudicatrice dovesse essere presieduta da un dirigente della stazione appaltante, nominato dall'organo competente. La novella, com'è evidente, è intesa a risolvere il problema dell'individuazione del presidente riguardo alle gare bandite dai comuni di piccole dimensioni, costituenti la stragrande maggioranza, in cui potrebbe non sussistere in organico una figura dirigenziale cui attribuire l'incarico di presidente della commissione di gara (a tale conclusione perviene MEZZACAPO, *Gare bandite dall'amministrazione pubblica*, in *Guida al dir.*, 2007, f. 35, 94, il quale ritiene che la perentorietà della precedente formulazione del comma 3 dell'art. 84 era tale da creare problemi alle amministrazioni più piccole, talvolta prive della figura del dirigente;

nello stesso senso, successivamente, CUSMAI, *Nuove regole per la Commissione giudicatrice*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2008, 3, 68).

La norma, anche dopo la sua riformulazione da parte del d.lgs. n. 113 del 2007, conferma indirettamente l'orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711) che considera illegittimo il provvedimento di nomina della commissione di gara nel caso in cui sia nominato presidente non già un dirigente della stazione appaltante, ma un dirigente di una diversa amministrazione.

3.4. Altri componenti. Quanto agli altri commissari (diversi dal presidente), il primo periodo del comma 8 dispone, quale regola generale, che siano selezionati tra i **funzionari della stazione appaltante**, la cui qualifica consente di presumere un'adeguata esperienza nel settore oggetto dell'appalto e costituisce sufficiente garanzia della necessaria competenza a valutare le offerte tecniche (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905). Al riguardo, si ritiene irrilevante il possesso di un determinato titolo di studio da parte dei componenti della commissione diversi dal presidente, atteso che l'unico requisito prescritto dal comma 8 dell'art. 84, in capo ai membri della commissione, è l'inquadramento quali funzionari dipendenti della stazione appaltante, indipendentemente dal titolo di studio in loro possesso. La scelta del legislatore è, perciò, nel senso di riconoscere preminenza all'esperienza accumulata in una posizione di responsabilità presso l'amministrazione che ha indetto la gara (Tar Molise 18 luglio 2007, n. 624).

In senso contrario, si è osservato che il comma 8 dell'art. 84 del Codice, nel prevedere che i commissari siano selezionati tra i funzionari della stazione appaltante non ha inteso privilegiare in senso assoluto il requisito dell'inserimento nell'organico dell'ente appaltante rispetto a quello del titolo di studio, essendo, altresì, richiesta, ai fini della nomina, il possesso di un'adeguata professionalità, il quale costituisce prerequisito per la nomina (Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, ove il Collegio perviene a tale conclusione rilevando che i commissari costituiscono *periti peritorum* della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio; ovviamente, considerata l'impossibilità di saggiare in anticipo ed in concreto la preparazione specifica dei commissari, può farsi riferimento ad alcuni dati che, in via presuntiva, consentano una prognosi tranquillizzante sul punto, ossia: il possesso di un titolo di studio adeguato e la pregressa esperienza nel settore. Esigenze di economicità hanno suggerito al legislatore la previsione di un archetipo di composizione formato da funzionari delle stazioni appaltanti. Tuttavia - precisa la Sezione - dal comma 8 dell'art. 84 del Codice si ricava che il principio non è assoluto, dovendo essere coniugato con il dato afferente al possesso della necessaria professionalità, che costituisce prerequisito per la nomina).

Quale criterio rigorosamente sussidiario (e non alternativo) il secondo periodo del comma 8 (come risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 113 del 2007) prevede che alla nomina di **commissari esterni** possa procedersi solo nell'ipotesi di accertata carenza in organico di adeguate professionalità (l'art. 120, comma 3, del Regolamento attuativo del Codice, con riferimento ai lavori, dispone che tale carenza sia accertata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente; al riguardo, il Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, nel parere del 17 settembre 2007, n. 3267, sullo schema di Regolamento, ha rilevato che la disposizione non indica i criteri per la scelta dei componenti esterni, ove la carenza in organico vi sia). Dal comma 8 dell'art. 84 si evince chiaramente che l'obiettivo del legislatore, ispirato ad una sana esigenza di contenimento dei costi, sia quello di privilegiare, nella scelta dei componenti delle commissioni giudicatrici, gli interni. Il ricorso a commissari esterni è consentito solamente in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, ovvero negli altri casi previsti dal regolamento, e dunque come criterio sussidiario, e non già alternativo (in questi termini, Tar Lazio, sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268; Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905 e, da ultimo, Tar Lazio, sez. III-quater, 24 novembre 2008, n. 10565, ove il Collegio osserva che la norma di cui al comma 8 dell'art. 84 del Codice, consentendo di ricorrere ad estranei solo in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità da parte del responsabile del procedimento, presuppone che la stazione appaltante non gode di una discrezionalità assoluta relativamente alla nomina dei soggetti che può designare quali componenti della commissione valutatrice, perché la norma delimita in maniera assoluta le categorie nell'ambito delle quali può essere esercitata la sua discrezionalità di scelta; in sintesi, possono essere dipendenti della stazione appaltante non coinvolti nel procedimento, ovvero

dipendenti di altre amministrazioni, o ancora professionisti o professori universitari individuati in base alle terne. Le particolari garanzie procedurali poste dal legislatore delegato sono propriamente dirette ad assicurare l'imparzialità e la tendenziale terzietà del giudizio della commissione aggiudicatrice, sono logicamente ancorate alla presupposizione che la nomina della commissione abbia una diretta influenza con la fase della valutazione delle offerte tecniche. In ogni caso - prosegue il Collegio - in relazione alle finalità perseguite dalla norma, la procedura di cui all'art. 84, comma 8, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 113 del 2007, costituisce un paradigma inderogabile. Di conseguenza, la violazione delle regole sulla nomina della commissione si risolvono nella messa in pericolo sia della *par condicio* tra i concorrenti, che dell'imparzialità della scelta finale. Ed è per questo quindi che deve essere considerata illegittima la individuazione dei componenti al di fuori delle categorie specificamente indicate dalla legge a far parte delle commissioni aggiudicatrici nelle gare d'appalto. Tale violazione, di rilievo esclusivamente procedimentale (ma non formalistico), prescinde quindi da ogni considerazione circa la specifica professionalità, competenza e serietà dei soggetti in concreto nominati).

Proprio allo scopo di contenimento dei costi, per come risulta dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 113 del 2007, che richiama, al riguardo, il principio di economicità, è consentita, in tal caso, l'individuazione di commissari esterni (diversi dal presidente) tra funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici ovvero, in via meramente residuale (PONTE, *Opere strategiche: niente dialogo competitivo*, in *Guida al dir.*, 2007, f. 36, 82; LA CAVA, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 1255), la scelta, secondo un criterio di rotazione, di soggetti appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti iscritti da almeno dieci anni all'albo di appartenenza, sulla base di elenchi predisposti dai rispettivi ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, sempre sulla base di elenchi predisposti dalle Università. Entrambi tali elenchi, ai sensi del comma 9 dell'art. 84, devono essere aggiornati con cadenza «almeno biennale». E', quindi, escluso che l'Amministrazione possa consultare liberamente il mercato per la scelta dei commissari esterni. Sotto altro aspetto, alla stregua di tale disposizione deve reputarsi illegittima la composizione della commissione qualora tra i componenti della stessa prevalgano componenti privi di competenze tecniche specifiche (Cons. St., sez. VI, 7 ottobre **2008**, n. 4829).

Ha precisato la giurisprudenza che, secondo quanto disposto dall'art. 84 del Codice in tema di criteri per la formazione delle commissioni di gara, nel caso di appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è illegittima una commissione di gara della quale sono stati chiamati a far parte un magistrato in quiescenza (ancorchè in ipotesi particolarmente esperto nel peculiare settore di cui trattasi) - dal momento che tale categoria non è contemplata dalla norma stessa ed un docente universitario - che, diversamente da quanto previsto dalla richiamata norma, non sia stato prescelto nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza, essendo irrilevante che tale elenco non fosse già disponibile, posto che la P.A. appaltante ben avrebbe potuto richiedere preventivamente alle facoltà (e agli ordini professionali) le rose di candidati da cui trarlo pur in sede di prima applicazione del Codice, la cui ritardata entrata in vigore rispetto all'ordinaria *vacatio legis* (art. 257, comma 1) appare evidentemente preordinata proprio a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di un adeguato lasso di tempo per conformarsi alle nuove disposizioni (Cons. St., sez. V, 4 giugno **2008**, n. 2629).

Come chiarito dalla giurisprudenza, tale disposizione ha la funzione di garantire la trasparenza nella scelta dei componenti delle commissioni di gara ove le amministrazioni non riescano ad esprimere professionalità adeguate al tipo di valutazioni tecnico-discrezionali che devono essere compiute in relazione alla natura dell'appalto (Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio **2008**, n. 258).

Quanto alla carenza in organico di adeguate professionalità, che l'art. 84, comma 8, del Codice pone a presupposto della selezione di un soggetto esterno, la giurisprudenza ha chiarito tale carenza dev'essere interpretata in senso relativo e non già assoluto, vale a dire parametrata alla (complessità della) specifica procedura di gara (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio **2008**, n. 905), che costituisce idoneo supporto motivazionale (sia pure implicito) del ricorso al professionista esterno. A tale ultimo riguardo, si è, tuttavia, precisato di recente che, in sede di costituzione della commissione giudicatrice, l'inidoneità tecnico professionale di funzionari interni a comporre l'organo collegiale deve essere motivata dalla

stazione appaltante quando, in loro sostituzione, si procede alla nomina di commissari scelti fra liberi professionisti e professori universitari di ruolo, ma non anche quando si procede alla nomina di funzionari in servizio presso altre Pubbliche amministrazioni e in possesso di una adeguata competenza tecnica (Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332).

Dalla chiara formulazione del comma 8 dell'art. 84 e dall'esame dei lavori preparatori emerge che i «*funzionari delle Stazioni appaltanti*», nell'ambito dei quali possono essere selezionati i commissari diversi dal presidente, non debbono essere necessariamente funzionari dell'amministrazione che ha bandito la gara, potendo la Stazione appaltante rivolgersi anche a funzionari di altre Amministrazioni (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905). Tale conclusione trova, del resto, nella nuova formulazione della norma conseguente all'intervento correttivo apportato dal d.lgs. n. 113 del 2007, per effetto del quale risulta inequivocabilmente confermata la possibilità di scegliere (seppure a condizione che la Stazione appaltante non possa provvedere con le sue forze) i commissari tra i funzionari delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, del Codice.

Il Codice ha, quindi, sostituito il criterio della rotazione a quello del sorteggio, previsto dal previgente comma 6 dell'art. 21 della legge Merloni, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la determinazione del contenuto del criterio di rotazione. Inoltre, la previsione di elenchi, in luogo della segnalazione di volta in volta di rose di candidati da parte degli ordini professionali e delle facoltà universitarie, risponde ad esigenze di celerità della procedura, potendo la stazione appaltante direttamente attingere dagli elenchi i nominativi dei componenti della commissione, con intuibile risparmio di tempo, nonché ad una fondamentale logica di trasparenza, consentendo alla Stazione appaltante di scegliere solo tra quei professionisti che sono stati proposti dagli ordini professionali (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905, che ha ritenuto illegittima la nomina quale componente di una commissione di gara di un professionista esterno non individuato nell'elenco fornito dal competente ordine professionale, ove il Collegio ha escluso l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990, poiché, anche a prescindere dal rilievo che la violazione del comma 8 dell'art. 84 integra un vizio di forma sostanziale, il meccanismo di sanatoria processuale contemplato dall'art. 21-*octies* non può operare atteso che la nomina dei componenti della commissione giudicatrice non costituisce certamente atto vincolato).

La giurisprudenza ritiene che il tenore letterale del comma 8 dell'art. 84 non impedisca una **composizione promiscua della commissione**, atteso che la norma, che utilizza la declinazione al plurale solamente perché, nella sua previsione generale ed astratta, deve ricomprendere anche l'ipotesi in cui tutti i commissari diversi dal presidente debbano essere selezionati all'esterno dell'organico della Stazione appaltante, ed anzi appare conforme alla *ratio legis* (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905). Essendo il ricorso a commissari esterni consentito soltanto in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, ovvero negli altri casi previsti dal regolamento, e dunque come criterio sussidiario, e non già alternativo, ne consegue che è pienamente legittima la composizione mista della commissione, formata da funzionari della Stazione appaltante e da soggetti esterni alla medesima. A sostegno di tale conclusione si osserva, inoltre, che, laddove la norma ha inteso precludere una siffatta possibilità, lo ha espressamente disposto; il riferimento è, ad esempio, all'art. 188, comma 5, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che, in tema di nomina del collaudatore, prevede *expressis verbis* che, nel caso di collaudo di lavori richiedenti una commissione, la stessa non può essere composta congiuntamente da soggetti appartenenti all'organico della stazione appaltante e da soggetti esterni.

È da aggiungere che, riguardo agli appalti di lavori, l'art. 120, comma 4, del Regolamento di attuazione del Codice prevede che sia possibile ricorrere alla nomina dei commissari esterni, ai sensi dell'art. 84, comma 8, secondo periodo, del Codice, nel caso di interventi complessi di cui all'art. 3, comma 1, lett. l), ovvero nel caso di lavori di importo superiore a 25 milioni di euro nei quali le componenti architettonica e/o strutturale e/o impiantistica siano non usuali e di particolare rilevanza.

Analoga disposizione è dettata, con riferimento agli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari, dall'art. 294, comma 4, del Regolamento attuativo, ove si prevede che è possibile ricorrere alla nomina dei commissari, ai sensi dell'art. 84, comma 8, secondo periodo, anche nel caso di interventi di particolare importanza, quali interventi di speciale complessità sotto il profilo tecnologico ovvero interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità

di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità ovvero nel caso di servizi o forniture di importo superiore a 1.000.0000 di euro.

3.5. Momento della nomina e della costituzione della commissione. Ai sensi del comma 10 dell'art. 84 del Codice, che riproduce sul punto il comma 7 dell'art. 21 della legge Merloni, la nomina dei commissari (che attiene alla fase della richiesta e dell'affidamento dell'incarico di commissario) e la costituzione della commissione (che attiene al momento in cui l'organo collegiale viene composto con apposito atto gestionale a cura del dirigente responsabile del servizio) devono avvenire dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, con la conseguenza che prima di tale momento la commissione non può essere nominata, né può insediarsi e gli eventuali atti adottati dagli uffici della Stazione appaltante sono provvedimenti amministrativi che soggiacciono alle generali regole dell'atto amministrativo, tra cui, *in primis*, l'obbligo di motivazione (Tar Lazio, sez. II-*quater*, 7 aprile **2008**, n. 2920, ove il Collegio, in applicazione di tale disposizione, il Collegio ha ritenuto che - prevedendo il bando che la stazione appaltante, dopo un primo esame delle domande, avrebbe provveduto ad inviare il capitolato e il bando di gara unitamente alla lettera d'invito soltanto a coloro che sarebbero stati ritenuti in regola - tale operazione non potesse essere compiuta dalla Commissione, che non era stata ancora nominata e che, a differenza della stazione appaltante, è la sola tenuta alla verbalizzazione delle operazioni da essa svolte).

La regola della necessaria posteriorità della nomina dei componenti della commissione di gara rispetto alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte mira a garantire l'imparzialità dei commissari e la loro estraneità rispetto agli offerenti, al fine di evitare collusioni tra commissari e concorrenti; tale regola, dunque, costituisce espressione di un principio generale, essendo espressamente contemplata dal Codice nella disciplina generale degli appalti di lavori, servizi e forniture, la cui *ratio* è proprio l'uniformità della disciplina degli appalti di lavori, forniture e servizi (Tar Reggio Calabria 23 ottobre **2008**, n. 542; Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio **2008**, n. 266). Si vuole, in sostanza, evitare che i concorrenti, una volta conosciuti in anticipo rispetto alla presentazione delle offerte, i componenti della commissione giudicatrice, pongano in essere tentativi di collusione.

Astraendo dalla materia degli appalti pubblici, cui inerisce l'applicazione dell'art. 84 del Codice, si afferma che l'obbligo di nominare la commissione in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte deve ritenersi espressione di un principio generale che travalica la materia delle gare a evidenza pubblica, per abbracciare l'intero ambito dei procedimenti concorsuali, ivi compresi, ad esempio, i concorsi per l'assunzione di personale alle dipendente della P.A. (Tar Veneto, sez. I, 30 ottobre 2007, n. 3483). Infatti, tale principio risponde ad intuibili esigenze di buona amministrazione e imparzialità dell'attività della P.A. nel rispetto di una compiuta osservanza dell'obbligo di garantire parità di condizioni tra i concorrenti, onde evitare condizionamenti del comportamento dei soggetti aspiranti a partecipare, in funzione della composizione di una commissione precostituita. Costoro, invero, potrebbero essere indotti a presentare o meno domanda in considerazione di convenienze (vere o presunte) desunte dalla presenza di determinati soggetti in seno alla commissione ovvero, in ipotesi estrema, a tentare di influenzare componenti conosciuti della stessa.

Come sopra accennato, si è, tuttavia, di recente, precisato che la prescrizione cautelativa compendiate nel comma 10 dell'art. 84 del Codice, in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sia di stretta interpretazione, non assumendo valenza di principio generale della materia ed operando esclusivamente quando il sistema di gara sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovendosi escludere tale esigenza per il sistema del prezzo più basso in ragione della rilevata automaticità della scelta, che rende indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione giudicatrice, che in tesi ben potrebbe avvenire prima dello spirare del termine di presentazione delle offerte, ferma restando la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indulgenza dei componenti della stessa (Cons. St., sez. IV, 23 settembre **2008**, n. 4613, in relazione alla quale si rinvia alle condivisibili considerazioni critiche di USAI, *Commissione di gara: quali regole per la nomina?*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2008, 11, 71, il quale sottolinea la contraddittorietà delle argomentazioni svolte dalla Sezione a sostegno della ravvisata non applicabilità

della disposizione di cui al comma 10 dell'art. 84 del Codice nelle gare da aggiudicare secondo il sistema del prezzo più basso).

La giurisprudenza ritiene che la disposizione codicistica abbia carattere tassativo, non ammettendo alcuna deroga, e debba 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 (in questi termini, da ultimo, Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 266 e Tar Lazio, sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268). In tal senso, del resto, si pone il prevalente orientamento della giurisprudenza, secondo cui il comma 7 dell'art. 21 della legge Merloni (il quale prevede che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte) ha codificato un principio, immanente nell'ordinamento generale, che trascende il settore dei lavori pubblici, trovando applicazione a qualsiasi tipologia di appalto, ivi comprese le procedure volte all'aggiudicazione di servizi e forniture, in quanto rispondente ai criteri di rango costituzionale di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (Tar Latina 28 aprile 2007, n. 304, ove si è ritenuto applicabile il principio della necessaria posteriorità della nomina della commissione di gara rispetto alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte anche nel settore degli appalti di servizi, pur riferendosi il disposto del comma 7 dell'art. 21 della legge Merloni, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, unicamente agli appalti di opere pubbliche; altro indirizzo giurisprudenziale riteneva non estensibile la disposizione di cui al comma 7 dell'art. 21 della Merloni alle gare per l'aggiudicazione di appalti di fornitura di beni o servizi, dovendosi, invece, applicare le norme generali di contabilità di Stato dettate dal R.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e dal relativo regolamento di esecuzione, con la conseguenza la nomina della commissione poteva avvenire solo prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara: in tale ultimo senso si veda Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7251; Tar Pescara 6 novembre 2003, n. 924; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 1648).

Tale orientamento è pienamente estensibile alla disposizione recata dal comma 10 dell'art. 84 del Codice (al riguardo, Tar Napoli, sez. I, 4 luglio 2007, n. 7230; Tar Milano, sez. I, 19 aprile 2007, n. 1897), in considerazione dell'illustrato ambito applicativo della regola dell'obbligatorietà della nomina della commissione giudicatrice, estesa dal legislatore alle procedure di gara relative agli appalti di servizi e forniture (si veda *sub* 1.1. di questa Sezione); peraltro, è appena il caso di precisare che l'art. 84, comma 10, sulla nomina della commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trova applicazione, ai sensi dell'art. 253, comma 1, del Codice, in relazione alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi di indizione di gara siano stati pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, ossia l'1 luglio 2006 (in tal senso, Tar Napoli, sez. I, 4 luglio 2007, n. 7230).

Secondo i principi generali, la caducazione della nomina della commissione, ove si accerti essere stata effettuata in violazione della regola di cui all'art. 84, comma 10, comporterà - secondo il principio della c.d. efficacia caducante - il travolgimento (per illegittimità derivata) di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone la rinnovazione dell'intero procedimento (Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 266; Tar Lazio, sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268; per una sintetica disamina della questione si rinvia a CARPARELLI, *Il tempo della nomina della commissione di gara, a garanzia della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa*, in www.lexitalia.it; si vedano, inoltre, le osservazioni svolte *sub* II, 8).

3.6. Spese per il funzionamento della commissione. Le spese relative al funzionamento della commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante (art. 84, comma 11, che riproduce il comma 8 dell'art. 21 della legge Merloni). Analogamente a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 92, d.P.R. n. 554 del 1999, l'art. 120, comma 3 (riguardo ai lavori), e l'art. 294, comma 1 (riguardo a forniture e servizi) dello schema di Regolamento prevedono che l'atto di nomina dei membri della commissione ne determina il compenso.

3.7. Ricostituzione della commissione. Il comma 12 dell'art. 84, molto opportunamente, recependo il parere del Consiglio di Stato sullo schema del Codice, fornisce soluzione della questione, agitatasi in giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2004, n. 6457; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4834; id. 31 gennaio 2002, n. 340), relativa alla ricostituzione della commissione ai fini della **riedizione del**

giudizio a seguito di annullamento (in sede giurisdizionale o amministrativa) dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti.

Al riguardo, il Codice dispone che in caso di rinnovo del procedimento di gara venga riconvocata la medesima commissione, anziché procedere alla nomina di una nuova commissione. Il legislatore - evidentemente mosso dall'intenzione di precisare che in caso di rinnovo delle operazioni di gara si tratta dello stesso incarico professionale, che non dà titolo alla corresponsione di ulteriori compensi (LIPARI, *op. cit.*) - mostra, dunque, di privilegiare il principio di conservazione degli atti giuridici rispetto a quello di segretezza dell'offerta economica, che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4834), non costituisce un valore assoluto, ma integra un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con i principi, non meno importanti, della necessaria tutela delle situazioni giuridiche soggettive e della doverosa osservanza delle decisioni giurisdizionali. Peraltro, il recente orientamento giurisprudenziale formatosi in materia di rinnovazione degli atti di gara ammette la possibilità di rinnovazione parziale dei giudizi a buste aperte, quando le offerte sono oramai cristallizzate, in quanto, non potendo mutare, possono essere apprezzate senza violare la *par condicio*, che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte medesime (Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 683; id. 1 ottobre 2004, n. 6457; id., sez. IV, 23 novembre 2003, n. 7778). In questo senso si è, da ultimo, espressa Tar Lazio, sez. I, 7 ottobre **2008**, n. 8785, ove il Collegio - pur ritenendo che il comma 12 dell'art. 84 del Codice, ispirato al principio di conservazione degli atti giuridici, vada coordinato con il prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui, nell'ipotesi in cui la rinnovazione parziale degli atti di gara implichi la necessità di una nuova valutazione tecnico discrezionale delle offerte, è necessario modificare la composizione della Commissione giudicatrice, al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità - ritiene, tuttavia, che la ricostituzione della Commissione non confligge con tali principi, essendo l'offerta dell'aggiudicataria definitiva ormai cristallizzata e potendo, quindi, la stessa essere apprezzata, sotto il profilo della verifica dell'anomalia, senza violare la *par condicio*.

Tuttavia, i primi commentatori (DE NICTOLIS, *op. cit.*), in considerazione della formulazione per così dire « aperta » della norma codicistica, ritengono possibile sia la nomina di una diversa commissione, sia la sostituzione di uno o più componenti, laddove sussistano in concreto ragioni che rendono inopportuna la riconvocazione della medesima commissione, quali, ad esempio, esigenze di segretezza delle offerte (in giurisprudenza, in senso sostanzialmente analogo, si veda, di recente, Tar Lazio, sez. II-*quater*, 19 dicembre 2007, n. 13774, ove il Collegio, accogliendo il ricorso proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione, ha statuito l'obbligo dell'amministrazione di ripetere il procedimento in contestazione, provvedendo ad un rinnovato giudizio, ad opera di una commissione di gara diversamente composta, del merito tecnico delle offerte e previa predeterminazione dei criteri motivazionali ai sensi dell'art. 83 del Codice).

Qualora sia stata nominata una commissione esterna all'amministrazione, il rinnovo del giudizio sull'offerta non può essere demandato ad un organo interno all'amministrazione (P. DE NICTOLIS - R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli - De Nictolis - Garofoli, vol. III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008); in proposito, la giurisprudenza ha affermato che, in sede di rinnovazione ora per allora del giudizio sulle offerte, l'attività della Commissione si inserisce nella fase istruttoria del procedimento che porta alla aggiudicazione, con la conseguenza che il vizio rilevabile nell'ipotesi di « esproprio » delle competenze della Commissione si configura non tanto come difetto di competenza quanto piuttosto come vizio di istruttoria e di violazione delle regole di gara (Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7301).

Non c'è dubbio che l'obbligo della stazione appaltante (ove, in ipotesi, lo si ritenga tale, in antitesi all'opinione dottrinale da ultimo richiamata) di ricostituire la medesima commissione si profili esclusivamente in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti (come pare logico alla luce del tenore testuale della norma), non potendosi ravvisare nella diversa ipotesi in cui l'amministrazione, dopo aver nominato la commissione giudicatrice prima della presentazione delle offerte, revochi tale nomina e decida di ricostituire la commissione dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte. Laddove la commissione sia riconvocata a seguito dell'annullamento

dell'aggiudicazione o della declaratoria di illegittimità dell'esclusione di un'impresa concorrente, la rinnovazione delle operazioni di gara non può mai risolversi in una inammissibile motivazione postuma (resa ora per allora), ma deve necessariamente risolversi in un nuovo esercizio del medesimo potere che la commissione ha male esercitato una prima volta e che ha determinato il suddetto annullamento (Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2004, n. 6457).

Al riguardo, la giurisprudenza, anche di recente, ritiene illegittima la ricostituzione della commissione di gara, nelle medesime persone originariamente nominate prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, atteso che il principio ordinamentale fondamentale in materia di gare pubbliche impone di garantire la correttezza delle valutazioni tecnico-discrezionali, nell'ottica del migliore perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di evidenza pubblica (art. 97 Cost.). Tale principio comporta che, nell'ipotesi di ricostituzione della commissione, sopravvenuta alla scadenza del termine di presentazione delle offerte ed indipendentemente dalle ragioni che l'abbiano giustificata, siano integralmente sostituiti i suoi membri, vanificandosi altrimenti quella stessa *ratio* ispiratrice con pregiudizio delle garanzie sostanziali che l'ordinamento mira a tutelare (in tal senso, da ultimo, Tar Latina 28 aprile 2007, n. 304). In quest'ottica, dunque, la ricostituzione della commissione (non disposta a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'annullamento dell'esclusione di alcuno dei concorrenti ed avvenuta al solo di emendare un vizio della pregressa costituzione della commissione) soggiace alla regola generale codificata dal comma 10 dell'art. 84, in forza del quale la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, con conseguente illegittimità della ricostituzione della commissione, nelle medesime persone, la cui nomina era illegittimamente avvenuta prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Sotto il profilo procedimentale, si è affermato che, qualora l'amministrazione constati che la Commissione ha violato, nell'assegnare un punteggio, le norme di gara e provveda alla sua sostituzione con altra Commissione, che aggiudicherà in seguito definitivamente l'appalto ad altra ditta, nessuna comunicazione di avvio del procedimento di revoca è dovuta alla ditta rimasta inizialmente aggiudicataria provvisoria (Tar Friuli Venezia Giulia 11 luglio 2008, n. 401).

4. Il regime delle incompatibilità e delle cause di astensione dei componenti della commissione. 4.1. Incompatibilità. I commi 4, 5 e 6 dell'art. 84 del Codice, innovando alla previgente disciplina dettata dall'art. 21 della legge Merloni, delineano il regime delle incompatibilità.

In particolare, al comma 4, si stabilisce espressamente che l'incompatibilità riguarda i soli **commissari diversi dal presidente**, il quale dev'essere, come detto *supra sub* 3.2., un dirigente dell'amministrazione appaltante (art. 84, comma 3; in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711). Dunque, solo rispetto alla nomina dei commissari diversi dal presidente la norma pone precisi vincoli, fra i quali quello di non aver svolto oppure di svolgere funzioni o incarichi di natura tecnica o amministrativa relativamente al contratto oggetto dell'affidamento.

Con riferimento all'analoga disposizione di cui all'art. 21, comma 5, della legge Merloni la giurisprudenza ritiene non costituire causa di incompatibilità l'aver egli preso parte con altra funzione (responsabile del procedimento) alla medesima procedura di gara, perché nessuna norma vieta tale possibilità e non vi è alcun motivo particolare per escludere dalla commissione un soggetto che abbia già preso parte al procedimento (Tar Sardegna, sez. I, 11 luglio 2007, n. 1493).

La previsione legislativa - così come il precedente art. 21, comma 5, l. n. 109 del 1994 - è, infatti, evidentemente destinata a prevenire i possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti dei lavori, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara, ecc.), che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura contrattuale (in proposito, si veda, da ultimo, Tar Lazio, sez. II-ter, 26 luglio 2007, n. 7016, ove si afferma che « *la designazione, quale componente di una commissione di gara d'appalto, di un dirigente responsabile dell'area amministrativa interessata dell'ente locale procedente, laddove risulti che il dirigente stesso sia stato già in precedenza cointeressato nell'attività di affidamento del servizio appaltando, non garantisce il rispetto del principio di imparzialità del procedimento amministrativo ed è, pertanto, illegittima, violando l'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006* »), anche allorché l'attività di vigilanza e di controllo esercitata sui lavori oggetto di gara sia stata svolta,

seppure su incarico dell'ente, in qualità di libero professionista (in tal senso, Tar Latina 28 aprile 2007, n. 304).

Tuttavia, simili effetti disfunzionali non possono verificarsi nelle ipotesi in cui alla commissione di gara è attribuita una limitata discrezionalità, dovendo procedere all'aggiudicazione sulla base di criteri (il massimo ribasso sul prezzo d'asta), già integralmente determinati da fonti eteronome rispetto alla commissione; pertanto, la disposizione in questione opera nel caso in cui le commissioni siano fornite (come nell'ipotesi dell'appalto concorso) di un certo grado di discrezionalità nelle operazioni di gara, dal momento che solo in questo caso la valutazione della commissione (non integralmente predeterminata da fonti esterne) può essere inquinata dalla partecipazione di soggetti che abbiano svolto altre funzioni nella vicenda (si veda, al riguardo, la deliberazione Ag 539 del 20 settembre 2000 dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici).

In relazione a tale norma, Tar Lecce, sez. III, ord. 16 giugno 2008, n. 1787 ha sollevato questione di costituzionalità, con riferimento al possibile contrasto con l'art. 97 Cost., osservando che il dettato normativo « costituisce misura troppo radicale, che può dar luogo all'annullamento della procedura anche laddove non ci sia alcun pericolo per la regolarità del procedimento », come nel caso di procedure da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso o qualora sussistano difficoltà organizzative legate alle piccole dimensioni dell'ente appaltante. La regola dell'incompatibilità fra attività endoprocedimentale e incarico di commissario di gara, nella sua assolutezza, non appare proporzionata rispetto al fine perseguito, impedendo *sic et simpliciter* che della Commissione faccia parte il funzionario responsabile del settore a cui si riferisce l'appalto, il quale, tuttavia, è quello maggiormente in grado di valutare le offerte dal punto di vista tecnico, per avere, ad esempio, curato la progettazione, la predisposizione e/o l'approvazione del bando di gara (nel caso di specie, uno dei componenti della Commissione di gara, in veste di dirigente dell'U.T.C. di un Comune, ha svolto nell'ambito del medesimo procedimento compiti rilevanti, quali, ad esempio, la predisposizione e l'approvazione del progetto a base di gara). Rileva il Collegio che, peraltro, non si può nemmeno ritenere che la regola in discussione obbedisca ad un'esigenza di prevenzione di comportamenti vietati dall'ordinamento, in quanto il fatto che un funzionario pubblico rediga o approvi un progetto posto a base di una gara ad evidenza pubblica e poi, in veste di commissario di gara, valuti le offerte pervenute relativamente a quel progetto non implica di per sé alcun rischio di inquinamento dell'obiettività di giudizio (e questo è a dirsi soprattutto nel caso di appalti da aggiudicare con il sistema del prezzo più basso, ossia con un sistema c.d. meccanico). Di qui l'ipotizzato contrasto con l'art. 97 Cost.

Sotto altro profilo, il Collegio ha ritenuto non manifestamente infondata, altresì, la possibile violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega, avendo il legislatore dato « una interpretazione estremamente lata alla nozione di di unico testo utilizzata dal Parlamento » (art. 5, l. n. 62 del 2005), così estendendo agli appalti di servizi normativo « una regola che era prevista solo per gli appalti di lavori pubblici, ma senza che a ciò fosse stato specificamente autorizzato ».

Secondo la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 21, comma 5, della legge Merloni (corrispondente al comma 4 dell'art. 84 del Codice), tale causa di incompatibilità non trova applicazione riguardo ai dirigenti di enti locali, i quali legittimamente possono cumulare le funzioni di responsabile del procedimento e di componente della commissione di gara, poiché è proprio l'art. 107, comma 3, t.u. enti locali (disposizione specifica di settore prevalente sulla norma generale di cui all'art. 21, l. n. 109 del 1994) ad attribuire ai dirigenti sia la responsabilità delle procedure d'appalto sia la presidenza delle commissioni di gara (da ultimo, Tar Toscana, sez. II, 13 luglio 2007, n. 1273; nello stesso senso: Cons. St., sez. V, 20 marzo 2006, n. 1444; id. 16 settembre 2004, n. 6029; id. 28 giugno 2004, n. 4772; id. 1 aprile 2004, n. 1812; id. 18 settembre 2003, n. 5322; in dottrina, sui rapporti tra l'art. 21, comma 5, della legge Merloni e l'art. 107 t.u. enti locali si veda ALESIO, *Enti locali, dirigenti e commissioni di gara: quanto pesa la discrasia Tuel-legge Merloni*, in *D&G, Dir. e Giust.*, 2004, f. 42, 75).

A garanzia dell'indipendenza della funzione, il comma 5 dell'art. 84 del Codice prevede quale ulteriore causa di incompatibilità l'aver rivestito cariche di pubblico amministratore nell'ente appaltante nel biennio precedente (e non più nel quadriennio, come prevedeva il comma 5 dell'art. 21 della legge Merloni), che impedisce la nomina quale commissario relativamente ai contratti affidati dalle amministrazioni presso il soggetto ha prestato servizio.

Il comma 6 prevede l'esclusione da successivi incarichi di commissario per coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave, accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. Tale disposizione coincide con l'ultima parte del comma 5 dell'art. 21 della legge Merloni, rispetto alla quale è stato precisato dal Codice che l'accertamento in sede giurisdizionale deve risultare da sentenza non sospesa (non è, quindi, necessaria una sentenza passata in giudicato, essendo sufficiente una sentenza esecutiva).

Come osservato dai primi commentatori (LIPARI, *op. cit.*, DE NICTOLIS, *op. cit.*), l'ambito applicativo della norma è di incerta latitudine, non sciogliendo i dubbi interpretativi suscitati dal previgente comma 5 dell'art. 21 della legge Merloni. Di regola, l'accertamento dell'illegittimità dei procedimenti è di competenza del giudice amministrativo, il quale, tuttavia, non accerta il dolo o la colpa grave dell'autore dell'illegittimità, ma solo la colpa della stazione appaltante, qualora il ricorrente abbia proposto domanda risarcitoria (sul tema, si veda Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981, ove si ritiene sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'azione risarcitoria diretta proposta nei confronti del funzionario pubblico, quando il danno richiesto sia diretta conseguenza di una illegittimità provvedimento e non derivi da meri comportamenti del pubblico dipendente).

In alternativa all'accertamento compiuto in sede giurisdizionale amministrativa, si potrebbe ritenere che l'accertamento del dolo o della colpa grave debba essere compiuto nell'ambito di un giudizio di responsabilità contabile, non potendosi, tuttavia, escludere che esso consegua ad un'azione civile risarcitoria introdotta innanzi al giudice ordinario dalla stazione appaltante o dai concorrenti lesi dall'illegittimità del procedimento (ove non si ritenga di affermare in tal caso la giurisdizione amministrativa) ovvero ancora da un processo penale.

4.2. Cause di astensione. Il Codice, con disposizione innovativa rispetto alla legge Merloni e recependo un principio generale affermato dalla giurisprudenza amministrativa in materia di commissioni di gare e concorsi, prevede che si applicano ai commissari le cause di astensione **previste dall'art. 51 c.p.c.**

Il legislatore ritiene, quindi, di non accogliere i rilievi formulati dalla dottrina, secondo cui ammettere un componente in conflitto di interessi all'astensione dalle operazioni di gara, significherebbe di fatto introdurre nel nostro ordinamento giuridico una sorta di tacita deroga *ex lege* al principio della natura di collegio perfetto della commissione di gara: in tal senso, si è affermato che laddove si accerti l'esistenza di cause sopravvenute che possano alterare l'imparzialità di giudizio dei componenti di una commissione giudicatrice (collegio perfetto), andrebbero più opportunamente imposte le dimissioni del soggetto, non potendo ritenersi né ammissibile né sufficiente la sola astensione dello stesso (ZOPPOLATO, in AA.VV., *Commentario al d.P.R. n. 554 del 1999*, Milano, 2000, 349).

Per effetto dell'espressa estensione ai commissari delle cause di astensione previste per i giudici nei processi civili viene eliminata l'amplissima causa di astensione già prevista dall'art. 92, comma 5, d.P.R. n. 554 del 1999, che faceva riferimento ad un qualsiasi interesse personale o professionale del membro della commissione con uno o più soggetti coinvolti direttamente o indirettamente nella gara o nell'esecuzione dei lavori. In forza della nuova disposizione codicistica, non può, quindi, ravvisarsi un obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente della commissione giudicatrice se la situazione di fatto in concreto verificatasi non sia riconducibile ad alcuno dei casi di astensione previsti espressamente dal codice di rito civile.

Sez. II - Le domande e le risposte

1. Quale è il rapporto tra la commissione giudicatrice e l'organo titolare della competenza primaria nella gestione della procedura? La questione del rapporto organizzativo sussistente tra la commissione giudicatrice e l'organo titolare della competenza primaria nella gestione della procedura di gara è risolta dalla prevalente giurisprudenza nel senso che la commissione di gara pubblica deve considerarsi quale **organo straordinario** della stazione appaltante, con funzioni meramente consultive o proponenti oppure di ausilio all'amministrazione.

Si tratta, in particolare, di un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice (da ultimo, Tar Lazio, sez. II-ter, 24 settembre 2008, n. 8512; già, *ex pluribus*, Tar Lazio, sez. II-ter, 13

dicembre 2007, n. 13256; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360; id., sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560; C.g.a. 6 settembre 2000, n. 413) e non già una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa (Cons. St., sez. V, 14 aprile 1997, n. 358), la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della stazione appaltante (l'approvazione degli atti della Commissione non può essere ricompresa nella nozione di controllo, risolvendosi in una revisione interna, connessa alla responsabilità unitaria del procedimento: Tar Toscana, sez. I, 13 luglio 2007, n. 1273; Tar Lazio, sez. III, 25 marzo 2005, n. 2132; in ogni caso, si precisa che l'autorità preposta all'approvazione degli atti di gara ed all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, se indubbiamente ha il potere di riesaminare ed eventualmente emendare gli atti posti in essere dalla Commissione aggiudicatrice, non è, invece, tenuta a compiere, di necessità, ulteriori attività istruttorie e di verifica ove ritenga esaurienti quelle svolte nelle precedenti fasi della procedura: Tar Sardegna, sez. I, 14 luglio 2007, n. 1637).

Quale organo straordinario dell'ente appaltante la commissione ha il dovere di porre in essere tutte le attività necessarie a dare applicazione alle regole di gara e l'approvazione degli atti procedurali da parte dell'ente costituisce ratifica dell'operato della commissione (Tar Lazio, sez. II-ter, 13 dicembre 2007, n. 13256); pertanto, il bando di gara o concorso, che costituisce *lex specialis* della procedura, dev'essere rispettato dalla Commissione di gara, che riveste la qualità di organo straordinario tecnico dell'amministrazione che ha indetto la procedura, con la conseguenza che alla stessa non è consentito procedere alla disapplicazione delle norme del bando (Tar Lazio, sez. II-ter, 24 settembre 2008, n. 8512; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2423), neppure se trattasi di appalti sotto soglia (Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5095), né di adottare interpretazioni abrogatrici delle medesime, e ciò, segnatamente, allorché le clausole siano in equivoche e monosenso, e non siano pertanto suscettibili di interpretazioni alternative (Tar Lazio, sez. II-ter, 23 aprile 2008, n. 3503; Tar Palermo, sez. I, 19 aprile 2007, n. 426; Tar Catania, sez. II, 17 aprile 2007, n. 655). Tale potere interpretativo (delle clausole che, ad esempio, prevedono specifici motivi di esclusione) non sussiste neppure ove si tratti di dare massimo sfogo al principio di ampliamento della base partecipativa alla procedura selettiva, in quanto il criterio teleologico può essere utilizzato dal seggio di gara soltanto in presenza di clausole polisenso od equivoche, ma non a fronte di clausole dal contenuto univoco e recanti l'espressa sanzione dell'esclusione. Il principio è stato enunciato anche al cospetto di clausole del bando che disciplinano requisiti di forma o modalità di partecipazione, giacché il formalismo che connota le procedure selettive è normalmente correlato ad esigenze pratiche di certezza e celerità e l'eventuale disapplicazione della *lex specialis* si traduce in una violazione delle garanzie di imparzialità e parità di trattamento tra concorrenti (Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1331).

La Commissione di gara svolge, in particolare, compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente, rispetto all'amministrazione appaltante, di cui costituisce strumento, essendo 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. È evidente che la funzione della commissione giudicatrice si esaurisce soltanto con l'approvazione del suo operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva (Tar Lazio, sez. III, 14 dicembre 2006, n. 1071; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

Essendo la commissione strumento dell'Amministrazione, che della stessa si avvale per la scelta più oculata possibile del contraente, si esclude che essa sia un organo terzo, dato che nella sua specifica veste di organo straordinario dell'amministrazione è chiamata a svolgere valutazioni specifiche indicate nella legge di gara (Tar Piemonte, sez. II, 26 ottobre 2007, n. 3305). Che poi la commissione giudicatrice debba essere imparziale nei confronti di tutti gli aspiranti contraenti, è profilo che consegue non alla circostanza di essere una commissione aggiudicatrice ma proprio di essere, nei termini sopra evidenziati, essa stessa pubblica amministrazione, la quale deve rispettare, in tutte le sue articolazioni il principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. (Tar Piemonte, sez. II, 26 ottobre 2007, n. 3305; id. 19 aprile 2006, n. 1864; Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9189). Soluzione, questa, che trova conferma nelle disposizioni dettate dall'art. 84 del Codice in ordine alla composizione della commissione giudicatrice.

2. La commissione giudicatrice nelle gare d'appalto è un collegio perfetto? La dottrina dominante distingue tra collegi perfetti o reali e collegi imperfetti o virtuali.

I collegi perfetti possono operare solamente al completo dei loro componenti, così che si ritiene che, dal punto di vista funzionale, siano diretti a svolgere un'analisi più approfondita delle questioni poste all'esame del collegio stesso.

Al contrario, i collegi imperfetti o virtuali, che sono di solito finalizzati a comporre interessi, operano anche in mancanza del *plenum*, e, quindi, anche se alle riunioni non siano intervenuti tutti i componenti dell'organo, purché non si scenda al di sotto di un certo numero di componenti (c.d. *quorum* strutturale).

Quanto alle commissioni giudicatrici nelle gare d'appalto, giurisprudenza ormai consolidata ritiene che si tratti di un collegio perfetto, che deve operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti, essendo pacifico che la natura di collegio perfetto non è contraddetta dalla nomina di supplenti, ma, anzi, ne è confermata (*ex pluribus*, di recente, Tar Napoli, sez. I, 17 giugno 2008, n. 5943; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5502; Tar Napoli, sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891; in precedenza, Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3386; Tar Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3136; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4196; Tar Parma 13 luglio 2004, n. 788; Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 324; Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2004, n. 155; Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2002, n. 6194; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2002, n. 5139; id., sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1183; id. 22 febbraio 2001, n. 940; id. 12 gennaio 1999, n. 13; id. 7 ottobre 1997, n. 1100; Tar Liguria, sez. II, 18 gennaio 2003, n. 78; Tar Milano, sez. III, 23 dicembre 2002, n. 5400; id. 10 luglio 1997, n. 1236; Tar Lazio, sez. II, 14 febbraio 1995, n. 172).

Al riguardo, si segnala, da ultimo, Tar Lazio, sez. II-*quater*, 8 ottobre 2008, n. 8832, ove il Collegio, nel ribadire che la Commissione giudicatrice di una gara di appalto costituisce un collegio perfetto che deve operare con il *plenum* dei suoi componenti, ha giustificato tale conclusione rilevando che nei collegi con compiti di giudizio tecnico il voto di ciascun componente rappresenta l'espressione della particolare professionalità, competenza e capacità, in ragione delle quali ognuno è stato chiamato a far parte dell'organo collegiale. Pertanto, l'apporto specifico, ipotizzato al momento della nomina, assume carattere di essenzialità e di imprescindibilità, proprio perché si vuole che il giudizio finale sia il risultato ponderato, dialettico e comparativo delle valutazioni concorrenti di tutti i membri.

Lo scopo della supplenza, nel caso di commissioni di gara, è proprio quello, da un lato, di garantire che il collegio possa operare con il *plenum* anziché con la sola maggioranza, in caso di impedimento di taluno dei membri effettivi e, dall'altro lato, che la commissione svolga le sue operazioni con continuità e tempestività, senza che il suo agire sia impedito o ritardato dall'impedimento di taluno dei suoi componenti; infatti, il *plenum* dei componenti del collegio perfetto va riferito alla contestuale presenza del numero di componenti previsto e non alla necessaria identità fisica delle persone che lo compongono (Tar Napoli, sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891). Infatti, atteso che il supplente ha la funzione istituzionale di sostituire il membro effettivo in caso di suo impedimento, il *plenum* è garantito ogni qualvolta del collegio faccia parte il numero di componenti previsto, o mediante i membri effettivi o mediante i supplenti (Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 324). Data l'identica legittimazione del membro titolare e del membro supplente del collegio (GARGIULO, *I collegi amministrativi*, Napoli, 1962), l'identità fisica dei componenti il *plenum* non è *ab origine* un elemento costitutivo del *plenum*, lo è solo se non sono previsti membri supplenti.

A sostegno della regola della collegialità perfetta della commissione giudicatrice (riferita, come appena detto, all'elemento numerico e non già all'identità fisica dei suoi componenti), si afferma, inoltre, che l'immutabilità numerica della composizione dell'organo deputato a valutare le offerte sarebbe imposta non soltanto dalla natura tecnica del giudizio richiesto alla commissione, ma anche dall'esigenza di assicurare oggettività, uniformità ed imparzialità di giudizio rispetto a ciascuna offerta. Tali obiettivi richiedono che sia il collegio in composizione plenaria a valutare e comparare le offerte, in ossequio ai principi sanciti dagli artt. 3 e 97 Cost. (Cons. St., sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 860; id., sez. V, 5 febbraio 2002, n. 3566; id., sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1159).

In ogni caso, la giurisprudenza tende a limitare la portata del principio in questione, distinguendo, ai fini dell'applicazione della regola della collegialità della commissione giudicatrice, tra attività valutativa ed attività istruttoria o vincolata. In particolare, non v'è dubbio che per la determinazione dei criteri di

valutazione e di giudizio, nonché per le decisioni conclusive, fasi rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, la commissione giudicatrice debba necessariamente operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti (Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2002, n. 6194; per approfondimenti sul punto si veda *supra sub 2.2.*).

Pur essendo la commissione aggiudicatrice collegio perfetto, deve ritenersi che **l'assenza del segretario verbalizzante alle operazioni di gara** non comporta per sé illegittimità agli atti compiuti dalla commissione stessa, atteso che, da un lato, il segretario non fa parte della suddetta commissione e, dall'altro, gli atti di quest'ultima ben possono essere rogati da uno dei componenti (Tar Lazio, sez. III-*quater*, 13 febbraio 2008, n. 1264; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2004, n. 498; id. 3 gennaio 2002, n. 5).

3. Integra violazione del principio del *plenum* la mancata sottoscrizione del verbale da parte di tutti i componenti della commissione? Al quesito deve darsi risposta negativa, potendosi ravvisare violazione del principio del *plenum* solo ove sia dimostrata l'assenza effettiva di taluno dei componenti del collegio, non anche quando il verbale non risulti sottoscritto da tutti i membri. La mancata sottoscrizione di tutti i componenti potrebbe, invero, essere dovuta a mera dimenticanza o irregolarità formale e di per sé non dimostra l'assenza alla seduta del componente che non ha sottoscritto. Costituisce, quindi, idonea garanzia del rispetto del principio del *plenum* la sottoscrizione del segretario o del presidente, che attesti l'effettiva presenza di tutti i componenti il collegio (in tal senso, Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 324).

4. La commissione giudicatrice può delegare a singoli membri o a sottocommissioni determinate funzioni? Il principio della collegialità perfetta opera come limite al potere di delega della commissione giudicatrice (ROSSI, *op. cit.*). Se, infatti, per principio generale, la commissione giudicatrice in mancanza del *plenum* non può validamente porre in essere attività di tipo valutativo e discrezionale, essa non potrà di conseguenza delegarne lo svolgimento a singoli membri o sottocommissioni.

Come chiarito al par. *sub 2.2.1.* della precedente sez. I, una deroga al principio della collegialità perfetta è ammissibile solo laddove la commissione giudicatrice sia chiamata a svolgere un'attività puramente preparatoria, istruttoria ovvero un'attività strumentale vincolata, quale la mera verifica dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara, ove tale attività si sostanzia in una semplice ricognizione della conformità della documentazione prodotta dalle ditte partecipanti, alle prescrizioni della lettera di invito (Cons. St., sez. V, 24 aprile 1989, n. 220). Osserva, al riguardo, Tar Veneto, sez. I, 5 agosto 2005, n. 3123: «la giurisprudenza ammette pacificamente che le Commissioni, che costituiscono collegio perfetto e quindi devono operare con tutti i propri membri, possano delegare ad uno dei componenti, ovvero anche a soggetti terzi, alcune attività che vengono genericamente definite “preparatorie o strumentali”, cioè collaterali e non costituenti scelte spettanti solo a tale organo. Si veda, sul principio, C.S., sez. V, n. 6876 del 20 ottobre 2004, ove è precisato che “è costante orientamento della giurisprudenza, che non viola il principio della collegialità delle operazioni di valutazione la delega ad alcuni membri dello svolgimento delle attività istruttorie o preparatorie degli elementi su cui dovrà poi pronunciarsi il plenum (C.S., Sez. V, 9 giugno 2003 n. 3247; 28 giugno 2002 n. 356 e Sez. VI, 27 dicembre 2000 n. 6867)».

Ovviamente, devono restare riservate all'intero collegio le attività che implicano valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, quale la valutazione delle offerte, potendosi consentire la deroga al principio di collegialità per le attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate (Tar Napoli, sez. III, 17 giugno 2008, n. 5943; Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188 e n. 2189; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3386; Tar Lazio, sez. III, 23 settembre 2005, n. 7345; Tar Lazio, sez. II, 18 agosto 2004, n. 7764; Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2004, n. 155; Tar Lazio, sez. II, 8 gennaio 2004, n. 41; Tar Napoli, sez. I, 9 gennaio 2002, n. 168; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2000, n. 6875; Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3819; Tar Brescia 11 gennaio 2000, n. 5; Tar Lazio, sez. III, 12 gennaio 1994, n. 36).

Secondo pacifica giurisprudenza, tra le attività riservate al *plenum*, ossia all'organo risultante dalla composizione fissata nel provvedimento di nomina, rientra l'aggiudicazione provvisoria (da ultimo, Tar Lazio, sez. II-*quater*, 8 ottobre 2008, n. 8832; in precedenza, Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2002, n. 6194; Tar Brescia 1 febbraio 2001, n. 48). Infatti, l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, sintetizza l'attività svolta nelle fasi precedenti dai commissari, comporta l'assunzione di responsabilità a

carattere esterno Tar Lazio, sez. II, 14 febbraio 1995, n. 172; Cons. St., sez. V, 13 marzo 1981, n. 83); pertanto non può che competere che all'intero collegio, e non certo ad una parte più o meno qualificata del medesimo, pena la violazione del principio stesso che si pone alla base dell'esistenza di siffatti organi, i cui componenti sono chiamati al relativo *munus* in ragione di una particolare competenza, sì che solo la somma di tutte le competenze ritenute necessarie nella fase della costituzione dell'organo è idonea a formarne le manifestazioni di volontà, da attribuirsi all'organo in quanto tale e non ad uno o più dei suoi componenti (così Tar Brescia 1 febbraio 2001, n. 48).

La giurisprudenza ammette deroghe al principio di collegialità perfetta limitatamente allo svolgimento di attività conoscitive e istruttorie (come nel caso di subarticolazione interna in sottocommissioni per le operazioni tecniche di correzione degli elaborati progettuali o nel caso di affidamento a consulenti esterni di taluni approfondimenti tecnici) o verificabili *a posteriori* dall'intero consesso, purchè - in ogni caso - sia rimessa al *plenum* l'attività decisoria e valutativa di attribuzione dei punteggi (Tar Lazio, sez. II-*quater*, 8 ottobre 2008, n. 8832; Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188; Tar Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3136; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4196; Tar Catania, sez. II, 14 luglio 2005, n. 1138; Tar Milano, sez. III, 20 giugno 2005, n. 1823; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6876; Tar Lazio, sez. II, 18 agosto 2004, n. 7764; id. 8 gennaio 2004, n. 41; Tar Milano, sez. III, 23 dicembre 2002, n. 5400; Tar Napoli, sez. I, 9 gennaio 2002, n. 168).

La giurisprudenza ha ritenuto, altresì, derogabile il principio del collegio perfetto anche in caso di attività strumentale e vincolata, come nel caso della verifica dei requisiti di ammissione alla gara, purchè tale attività si sostanzi in una semplice ricognizione della conformità della documentazione prodotta dalle ditte partecipanti, alle prescrizioni della lettera di invito, e semprechè la deroga sia autorizzata dall'intero collegio che dovrà disporre comunque dell'intera documentazione potendo ripetere integralmente la relativa operazione (Tar Catanzaro 4 maggio 1995, n. 442; Tar Brescia 11 gennaio 2000, n. 5; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 1992, n. 1392; T.A.R. Lombardia Sez. Brescia 11/1/00 n. 5), ribadendo, comunque, che tutte le attività valutative e decisorie debbano essere svolte dal *plenum* (Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188 e n. 2189; Tar Catanzaro, sez. II, 6 aprile 2004, n. 405) ivi compresa la valutazione delle offerte economiche, non costituendo attività meramente vincolata (Tar Lazio, sez. II-*quater*, 8 ottobre 2008, n. 8832; Tar Bologna, sez. I, 24 settembre 1998, n. 352).

In ogni caso, la deroga alla regola della collegialità perfetta riguardo alle attività puramente preparatorie dev'essere interpretata alla stregua delle modalità di organizzazione delle proprie attività stabilita dalla commissione giudicatrice. L'attività della commissione di gara può essere svolta, in special modo quando si tratti di esprimere valutazioni (spesso complesse) sotto il profilo tecnico-qualitativo, attraverso l'articolazione in sottocommissioni o gruppi di lavoro incaricati di svolgere l'istruttoria sulle singole offerte ovvero su parti dei progetti tecnici presentati dai concorrenti.

La garanzia della collegialità è preservata dalla esigenza che le attività istruttorie preliminari siano esaminate dalla commissione aggiudicatrice nella sua integrale composizione, e in tale veste la commissione proceda alla attribuzione dei punteggi alle singole offerte o progetti (Tar Piemonte, sez. II, 26 ottobre 2007, n. 3305). Qualora, infatti, la commissione organizzi l'attività per sottocommissioni tramite il conferimento alle stesse dell'incarico di effettuare una valutazione preliminare delle offerte, riservandosi, al contempo, di approvare le proposte formulate dalle sottocommissioni, l'attività delle suddette può essere considerata come preparatoria, anche se in esse le sottocommissioni esplicano una attività in astratto valutativa in quanto tale riservata al *plenum* (Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2002, n. 3566, ove si è ritenuta legittima la delega da parte della commissione giudicatrice ad una sottocommissione tecnica del compito di effettuare la valutazione preliminare dei singoli progetti presentati e l'assegnazione dei relativi punteggi, la cui relazione si è conclusa con una proposta al *plenum*. Tale attività era da qualificarsi sul piano formale e sostanziale quale prettamente preparatoria di quella della commissione, in quanto le valutazioni decisive sui progetti in gara erano riferibili alla commissione nella sua composizione integrale, nonostante la celerità con la quale la commissione ha successivamente approvato la proposta della sottocommissione). Non viola, quindi, il principio della collegialità delle operazioni di valutazione la delega ad alcuni membri della commissione di gara dello svolgimento delle attività istruttorie o preparatorie degli elementi sui quali dovrà poi pronunciarsi il *plenum* (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6876; da ultimo, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188 e n. 2189, ove si è

ritenuto legittimo l'esame degli elaborati progettuali da parte di alcuni soltanto dei componenti della Commissione di gara, in analogia con quanto ritenuto dalla giurisprudenza, in materia di concorsi ed esami, in ordine all'ammissibilità dell'articolazione della Commissione in più sottocommissioni per le operazioni tecniche di correzione degli elaborati, rimettendosi l'espressione del giudizio finale al *plenum*, che operi con piena cognizione di causa).

Si evidenzia, al riguardo, che «la giurisprudenza ammette pacificamente che le Commissioni, che costituiscono collegio perfetto e quindi devono operare con tutti i propri membri, possano delegare ad uno dei componenti, ovvero anche a soggetti terzi, alcune attività che vengono genericamente definite “preparatorie o strumentali”, cioè collaterali e non costituenti scelte spettanti solo a tale organo. Si veda, sul principio, C.S., sez. V, n. 6876 del 20.10.2004, ove è precisato che “è costante orientamento della giurisprudenza, che non viola il principio della collegialità delle operazioni di valutazione la delega ad alcuni membri dello svolgimento delle attività istruttorie o preparatorie degli elementi su cui dovrà poi pronunciarsi il plenum (C.S., Sez. V, 9 giugno 2003 n. 3247; 28 giugno 2002 n. 356 e Sez. VI, 27 dicembre 2000 n. 6867)» (in tali termini Tar Veneto, sez. I, 5 agosto 2005, n. 3123 e Tar Napoli, sez. I, 17 giugno 2008, n. 5943, ove il principio è stato affermato con riferimento all'attività di richiesta di integrazione documentale espletata, nel caso di specie, dal Presidente della Commissione di gara, nella qualità di responsabile naturale del sub-procedimento di valutazione delle offerte; tale attività ha, infatti, carattere istruttorio e non già valutativo, essendo preordinata a raccogliere gli elementi istruttori utili per supportare il giudizio della commissione in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara; in precedenza, conformi, Cons. St., sez. V, 9 giugno 2003, n. 3247; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2002, n. 356; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2000, n. 6867).

È, invece, illegittimo l'operato della commissione che, in *plenum*, non abbia riesaminato e fatto propri gli atti posti in essere dalle sottocommissioni, nella convinzione di non essere un collegio perfetto e che sia sufficiente, per la validità della seduta, la presenza della maggioranza dei commissari assegnati (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2004, n. 155, ove si afferma che «*tale modalità non consegue ad un'organizzazione del lavoro per sottocomitati ma discende dalla convinzione della commissione, peraltro espressa nella decisione di procedere a talune operazioni almeno con la presenza di tre commissari, di non essere un collegio perfetto e che fosse sufficiente, per la validità della seduta, la presenza della maggioranza dei commissari assegnati. Ed è fuor di dubbio che si tratti di una convinzione errata*»).

5. Quale è il contenuto minimo del verbale delle operazioni di gara redatto dalla commissione giudicatrice?

Secondo i principi generali, lo svolgimento dei lavori della Commissione dev'essere assistito dalla verbalizzazione, la quale serve a dar conto, puntualmente, del modo di procedere di detto organo collegiale, che parla quindi per esso, nel secondo caso sono le determinazioni assunte dagli uffici della pubblica amministrazione a parlare per l'amministrazione agente e queste devono contenere l'indicazione della ragione per la quale la stessa amministrazione si è determinata in un certo senso, al fine di consentire la ricostruzione dell'*iter* logico seguito e permettere l'eventuale reazione da parte del soggetto che si sente leso (Tar Lazio, sez. II-*quater*, 7 aprile 2008, n. 2920).

La verbalizzazione costituisce adempimento procedurale distinto da quello della pubblicità delle sedute di gara (su cui si veda *sub* art. 85, II, 1), rispetto al quale si connota per le diverse finalità: la verbalizzazione opera, infatti, su un piano probatorio, mentre la pubblicità delle sedute di gara è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, che contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come giusto e rispettoso della *par condicio* (Tar Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329; Tar Palermo, sez. II, 3 aprile 2006, n. 741; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166).

Allo scopo di valutare compiutamente l'*iter* seguito dalla commissione giudicatrice in ordine all'attribuzione dei punteggi alle singole offerte, la giurisprudenza si è fatta carico di definire le modalità e i contenuti della verbalizzazione delle operazioni di gara, precisando quale sia la funzione della documentazione delle attività compiute da parte della commissione.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 22 marzo 1999, n. 302; Tar Lazio, sez. I, 28 febbraio 1996, n. 291) è da ritenere legittima, in ogni caso, la determinazione dell'organo collegiale di procedere a maggioranza, senza doverne dar conto nel verbale delle operazioni, sostenendosi che, in tal modo, l'organo collegiale esercita l'autonomia di cui dispone e ciò fa

rispondendo alle proprie esigenze operative. Da qui la legittimità di una decisione presa anche con la sola maggioranza, anziché con il *plenum* dei suoi componenti, poiché la determinazione adottata, anche in assenza dei rilievi dei commissari di minoranza, alla cui sola volontà possono essere rimessi, non è affetta da vizi logici neanche sotto il profilo della comprensibilità del giudizio complessivo. A sostegno dell'assunto si richiamano, inoltre, gli orientamenti giurisprudenziali in tema di validità e logicità delle valutazioni a punteggio numerico, in assenza di circostanze abnormi che possano fornire rilievi di macroscopiche incongruenze (Tar Lazio, sez. III, 28 agosto 1997, n. 2051; Cons. St., sez. V, 13 aprile 1991, n. 182).

Altro orientamento (Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1458), a garanzia del controllo giurisdizionale sulla congruità motivazionale del giudizio tecnico espresso dalla commissione, stempera l'assolutezza della riferita impostazione, rilevando che la natura di collegio perfetto della commissione di gara, impone, quantomeno, che debba indicarsi non l'espressione motivata e palese di tutti i suoi componenti ma, voce per voce, punto per punto, la proposta motivata di attribuzione dei punteggi messa ai voti, il soggetto che avanza la proposta, nonché eventualmente (non necessariamente) l'esistenza di riserve o dichiarazioni di dissenso o proposte alternative dei commissari rimasti in minoranza. Ne consegue l'illegittimità del verbale, laddove dallo stesso non venga riportato se siano state formulate una o più proposte di attribuzione del punteggio da parte del presidente della commissione, se non ne sia stata formulata alcuna (ogni commissario potrebbe aver provveduto ad indicare un proprio punteggio) ovvero rispetto ai punteggi formulati da ciascuno se si sia provveduto all'eliminazione del punteggio più alto e del più basso, ovvero se si sia proceduto a voto palese o segreto sulle proposte, se le proposte alternative o ulteriori fossero per attribuzione di punteggi più alti o più bassi di quelli definitivamente approvati, se uno o più commissari si siano astenuti, se la maggioranza si sia formata immediatamente o dopo una o più votazioni.

È ovvio intendere che la laconicità della verbalizzazione amputa sensibilmente le possibilità di controllo e sindacato giurisdizionale, oltre a delineare un metodo in sostanza contrastante con l'esigenza di rispetto del canone di piena partecipazione che, comunque, connota il collegio perfetto ed illumina il *modus operandi* della commissione anche quando essa decide di procedere a maggioranza. In questa direzione, muovendosi dal rilievo che la verbalizzazione delle operazioni della commissione di gara costituisce un principio generale dell'ordinamento, che trascende i limiti previsti dall'art. 78 del Codice, si è di recente affermato che, ai fini di una corretta registrazione documentale dello svolgimento della procedura, è necessario registrare fedelmente le sedute, pubbliche o segrete, in cui si articola l'intera attività della commissione, specificando il numero delle adunanze, le date delle riunioni e l'orario dell'inizio e della conclusione delle stesse, onde consentire agli interessati di verificare il rispetto del principio di continuità e per rendere conoscibile all'esterno la scansione e la successione delle operazioni compiute (ad esempio, il momento in cui sono stati fissati gli eventuali sub-criteri di valutazione delle offerte o quando sono stati espressi i giudizi tecnico-comparativi). È poi essenziale che la commissione dia atto, di volta in volta, della propria regolare composizione in ciascuna seduta, in considerazione dell'immanente principio di collegialità che presiede a tutto lo svolgimento della gara e che i verbali descrivano, con sufficiente precisione ed analiticità, tutte le attività compiute (in questi termini, da ultimo, Tar Parma 28 maggio 2007, n. 315, ove si afferma che solo una completa verbalizzazione contenente l'indicazione della data delle operazioni compiute dalla commissione e corredata dalla verbalizzazione della presenza dei componenti potrebbe consentire di verificare se le operazioni valutative della commissione siano avvenute nel rispetto dei principi della trasparenza e della *par condicio*).

In questa direzione si è affermato che, in ossequio ai generali principi di trasparenza ed imparzialità cui deve attenersi la P.A. nell'espletamento delle singole operazioni compiute nelle gare pubbliche, ivi compresa quella preliminare di ammissione delle imprese partecipanti, il seggio di gara ha l'onere di una resocontazione esplicita, sia pure sintetica, da riportare nel verbale relativo alle singole fasi in cui la stessa gara è articolata, in modo da garantire l'individuazione delle ragioni dello stesso sviluppo ed andamento della gara, fino all'aggiudicazione finale; sicché, è da ritenere illegittimo un verbale di gara nel quale non sia contenuta una puntuale descrizione della fase di apertura dei plichi contenenti le domande di ammissione alla gara e di verifica dei documenti richiesti a tali fini a pena di esclusione, al

fine di consentire la più ampia garanzia di trasparenza ed imparzialità della procedura concorsuale che rimarrebbe, diversamente, sempre suscettibile di contestazioni e controversie, a detrimento, tra l'altro, delle esigenze di celerità e speditezza che la scelta di gare accelerate e ristrette dovrebbero contribuire a conseguire (Tar Lazio, sez. I-*bis*, 24 maggio 2004, n. 4854, ove, alla stregua del principio in discorso, è stato ritenuto illegittimo il verbale di gara, nel quale non risultavano attestate le modalità di apertura dei plichi contenenti la documentazione richiesta per la partecipazione alla gara). A sostegno di tale conclusione si rileva che la verbalizzazione costituisce lo strumento attraverso il quale un organo amministrativo (nella specie il seggio appaltante), dà conto della propria attività attraverso la fedele e puntuale rappresentazione delle operazioni compiute, al fine di consentire la verifica della correttezza delle attività di scrutinio, rifluendo la regolarità dello svolgimento della gara nella legittimità dell'atto conclusivo dei singoli subprocedimenti di cui si compone la gara, a cominciare dalla preliminare fase attinente l'accertamento della regolarità di presentazione delle domande di partecipazione e del possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione dei partecipanti, fino al procedimento valutativo delle offerte, ed ancora alla finale aggiudicazione. Anche se la fase di mera apertura dei plichi contenenti le domande di ammissione alla licitazione privata ed i documenti richiesti a tali fini a pena di esclusione ha un carattere per così dire interno e meramente preparatorio della fase valutativa vera e propria delle stesse istanze, affidata alla esclusiva competenza della Commissione nominata a tali fini, nondimeno non può non considerarsi come tale circostanza assume rilievo proprio ai fini della funzione di scrutinio delle domande in senso stretto, nella misura in cui è pure rilevante, ed anzi essenziale, per la partecipazione alla gara, l'assolvimento del prescritto onere di diligente redazione formale delle stesse.

Pur dovendosi ritenere che i principi generali sulla verbalizzazione impongono l'indicazione del numero e della durata delle singole sedute (precisando l'orario di inizio e di chiusura di ciascuna di esse ed indicando, per ciascuna seduta, quale sia la composizione della commissione di gara, in ossequio al principio di collegialità che presiede a tutto lo svolgimento della procedura) e la descrizione delle attività valutative compiute, in ogni caso, la verbalizzazione non deve condurre alla minuziosa descrizione delle attività svolte e delle singole opinioni espresse, ma dev'essere proporzionata ed adeguata rispetto all'attività esercitata e, quindi, in relazione all'esistenza di ampi poteri discrezionali di valutazione di offerte tecniche complesse, deve dare conto compiutamente ma con economia di mezzi, dell'*iter* logico seguito nell'attribuzione dei punteggi a maggioranza. Proprio alla stregua di tale principio si esclude, ad esempio, che nel verbale di gara debba darsi conto della valutazione singolarmente data da ciascun membro, atteso che - secondo i principi generali - alla Commissione di gara è richiesto un puntuale e trasparente resoconto del giudizio collegialmente espresso su ogni singola offerta, in base a criteri di valutazione predeterminati, senza che assuma specifico rilievo il voto espresso dal singolo componente (Tar Valle d'Aosta 11 luglio 2007, n. 91); del pari, si esclude che la mancata indicazione nei verbali delle modalità di conservazione dei plichi costituisca prova della violazione da parte della Commissione di gara dell'obbligo di custodia dei plichi stessi (da ultimo, Tar Lazio, sez. III-*quater*, 13 febbraio 2008, n. 1264; in precedenza, Tar Piemonte, sez. II, 6 ottobre 2007, n. 3017; Tar Napoli, sez. I, 4 maggio 2007, n. 4735; Tar Pescara 30 ottobre 2003, n. 904; Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2002, n. 5). Del pari, si esclude che debbano essere dettagliatamente riportate nel verbale di gara le operazioni materiali compiute dalla commissione, data la loro irrilevanza: si pensi alle modalità di apertura delle offerte, irrilevanti una volta che si constati che le buste siano pervenute integre e quindi sia garantita la segretezza del loro contenuto (vale a dire: è importante come le buste sono state chiuse non come sono state aperte); alla durata della riunione, dato storico di per sé irrilevante o del tutto generico se non ne viene precisato il senso e la portata (Tar Piemonte, sez. II, 6 ottobre 2007, n. 3017).

Allo stesso modo, in linea generale, la mancata indicazione nei verbali di gara delle modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla Commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione. Ciò significa che non rileva la semplice omissione della verbalizzazione ma occorre indicare, almeno sul piano indiziario, elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata in concreto la sottrazione o la sostituzione dei plichi, o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara. Si afferma, infatti, che «la deduzione secondo la quale le buste contenenti le offerte non sarebbero state

adeguatamente custodite è irrilevante allorché non sia stato addotto - come nel caso di specie - alcun elemento atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei pieghi, o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura a causa di tale asserito difetto di custodia (così da ultimo, Cons. giust. amm. Reg. Sic., 17 marzo 2003, n. 112, e Cons. St., V, 26 marzo 2003, n. 1575)» (Tar Sardegna, sez. I, 17 febbraio 2006, n. 238; conformi, Tar Piemonte, sez. II, 6 ottobre 2007, n. 3017 e Cons. St., sez. V, 20 settembre 2001, n. 4973).

Secondo un orientamento più rigoroso, nel caso di gare pubbliche per l'aggiudicazione di un appalto che si svolgono in più sedute, la commissione di gara è tenuta ad indicare nel verbale di gara - a pena di illegittimità delle relative operazioni - le misure cautelari in concreto adottate a tutela dell'integrità delle buste concernenti le offerte delle imprese partecipanti, al fine di assicurare l'effettivo ed ordinato svolgimento del prosieguo delle operazioni (Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1296; id. 20 marzo 2008, n. 1219, ove si dà lealmente atto del fatto che sussiste un orientamento giurisprudenziale - quello innanzi riportato - che considera irrilevante la doglianza con cui si lamenta, in una gara d'appalto pubblico, l'inadeguata custodia delle buste contenenti un'offerta presentata, quando non sia proposto alcun elemento atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei plichi o un qualche altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara a causa di tale asserito difetto di custodia; tuttavia, la Sezione ha ritenuto più rispondente all'esigenza di tutela della segretezza delle offerte, in una procedura concorsuale ad evidenza pubblica, il diverso indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'obbligo di predisporre cautele a tutela dell'integrità delle buste concernenti le offerte delle imprese partecipanti, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende necessariamente dalla stessa ratio che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente nei contratti della pubblica amministrazione, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti all'incanto è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle offerte e della *par condicio* di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi - consacrati dall'art. 97, Cost. - di buon andamento ed imparzialità cui deve uniformarsi l'azione amministrativa: in questi termini, Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068). Né vale ad escludere la illegittimità del comportamento tenuto dall'Amministrazione la considerazione che non si sarebbe concretamente verificata alcuna manomissione dei plichi contenenti le buste, atteso che la tutela giuridica dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare pubbliche, secondo i principi di cui all'art. 97 della Costituzione, deve essere assicurata in astratto e preventivamente e non può essere considerata soddisfatta sulla base della mera situazione di fatto del mancato verificarsi di eventi dannosi. Ne consegue che, in concreto, delle misure cautelari adottate dev'essere data menzione nel verbale di gara, proprio al fine di assicurare l'effettivo ed ordinato svolgimento del prosieguo delle operazioni (in questi termini, in precedenza, Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068); a tal fine, non è sufficiente l'affermazione che gli atti sono stati conservati in luogo sicuro, accessibile solo ai membri della commissione, essendo, invece, necessario che, ultimate le operazioni di gara, la commissione stessa precisi le modalità di conservazione delle offerte e dei documenti ad esse allegati e specifici se le buste contenenti le une e gli altri sono state adeguatamente richiuse. In ogni caso, all'atto del riesame, l'organo competente deve dare conto in modo esauriente e dettagliato delle effettive condizioni di conservazione delle singole offerte e specificare se le buste risultano adeguatamente richiuse oppure aperte (Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1296; id. 3 febbraio 2000, n. 661).

Si ritiene illegittima la valutazione delle offerte delle imprese allorché la commissione tecnica si sia limitata a stilare un sintetico verbale non sufficientemente chiaro e comunque inidoneo sia a fungere da necessario strumento documentale di verifica della regolarità delle operazioni in parola, sia a dare garanzia che le diverse fasi procedurali si siano svolte nella dovuta successione temporale (Cons. St., sez. V, 3 agosto 2004, n. 5440).

Sulla questione relativa al cd. contenuto minimo del verbale di gara è, da ultimo, intervenuto il **Supremo Consesso di giustizia amministrativa**, che, in un **importante arresto**, ne ha fissato i **requisiti minimi** (Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2008, n. 1575), affermando i seguenti principi:

1. alla stregua di un principio di ragionevolezza, il verbale di una gara per l'affidamento di un pubblico appalto non deve necessariamente contenere la descrizione minuta di ogni singola modalità di svolgimento dell'azione amministrativa (il che finirebbe per appesantire notevolmente la funzione

verbalizzatrice senza una seria giustificazione), ma deve riportarne soltanto gli aspetti salienti e significativi; tali sono, in particolare, quelli necessari a consentire la verifica della correttezza delle operazioni eseguite dall'organo collegiale;

2. eventuali lacune del verbale di gara possono causare l'invalidità dell'atto verbalizzato solo nel caso in cui siffatte lacune attengano ad aspetti dell'azione amministrativa la cui conoscenza risulti necessaria per poterne verificare la correttezza. Le omissioni che riguardano aspetti diversi e non determinanti nei sensi appena specificati danno invece luogo a mere irregolarità formali. Ciò comporta che il contenuto essenziale di un verbale non può essere determinato una volta per tutte, in quanto esso inevitabilmente è destinato a variare in correlazione con il tipo di attività amministrativa che viene verbalizzata;

3. è legittimo il verbale di gara che contenga tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza dell'azione amministrativa, in quanto: a) riporta le operazioni svolte in ciascuna delle sedute della commissione, con la precisione necessaria per ricostruirne il contenuto e la scansione temporale; b) elenca i nominativi dei componenti della commissione ed imputa tutte le operazioni svolte alla commissione medesima; c) risulta sottoscritto da tutti i commissari, ciascuno dei quali in tal modo ha assunto la responsabilità della verbalizzazione, rendendo irrilevante la circostanza che non sia stato indicato il nome del soggetto verbalizzante;

4. integrano mere irregolarità formali di un verbale di una gara per l'affidamento di un pubblico appalto, le seguenti circostanze di fatto: a) che il verbale non indichi l'orario di chiusura dei lavori; b) che esso sia stato redatto in un unico documento per più sedute, nel caso in cui il verbale, unico nella sua materialità, distingua chiaramente le operanti svolte nelle varie sedute; c) che non sia stato indicato il soggetto verbalizzante, nel caso in cui comunque il verbale sia stato sottoscritto da tutti i membri della commissione e, quindi, si possa ritenere che ciascun membro abbia in tal modo assunto la responsabilità della verbalizzazione, che, pertanto, sarà imputabile, non come avviene di regola, ad un solo soggetto, ma al *plenum* nella sua interezza; d) che manchi l'indicazione della data della verbalizzazione, in quanto ciò che rileva è la data in cui si è svolta la seduta, potendo poi la relativa verbalizzazione avvenire in un momento successivo rispetto ad essa.

Sotto il **profilo temporale**, si esclude che debba le operazioni di gara debbano essere improntate ad un principio di rigorosa contestualità; in particolare, si ritiene che la verbalizzazione delle operazioni di gara non deve aver luogo necessariamente nella medesima adunanza, potendo la commissione redigere un unico verbale riassuntivo delle attività di valutazione dei progetti e di attribuzione dei punteggi (da ultimo, Tar Piemonte, sez. II, 6 ottobre 2007, n. 3017; in precedenza, Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2002, n. 5; Cons. St., sez. VI, 9 gennaio 1997, n. 1), atteso che nessuna espressa diversa disposizione lo impone; d'altra parte il principio di contestualità della redazione dei verbali di gara può dirsi rispettato nel caso in cui dello svolgimento dei lavori della commissione si sia redatto un testo manoscritto nel quale siano state registrate le operazioni svolte e, sulla base di tali appunti, sia stato redatto il processo verbale, dattiloscritto e collazionato.

Nel caso in cui siano stati presi appunti manoscritti durante le operazioni di gara, l'effettiva contestualità è data dalla redazione del testo manoscritto, contenente la registrazione dello svolgimento dei lavori, trasfuso poi in un processo verbale fornito di maggior nitore e comprensibilità, ma pur sempre riproduttivo di un atto formato nell'immediatezza degli adempimenti. Sebbene la confezione di separati atti, ossia, un verbale per ciascuna seduta, sia il metodo da preferire, in mancanza di norme, anche della *lex specialis*, che prescrivano la documentazione distinta di ogni riunione, nulla impedisce ad una commissione di gara di redigere un unico verbale di tutte o di parte delle operazioni compiute, ancorché relativo a più giornate, a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi (in tal senso, Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4463).

Di contro, dovranno ritenersi violati i principi che presiedono alla redazione dei verbali di gara nella diversa ipotesi in cui manchi qualsiasi indicazione circa le varie sedute di gara in cui la Commissione si sarebbe riunita, non potendosi in alcun modo ritenere che una tale attività si sia svolta in un'unica seduta senza soluzione di continuità, atteso che è inconcepibile che i lavori si siano protratti ininterrottamente nel lungo arco temporale (Tar Piemonte, sez. II, 14 aprile 2003, n. 598). Tale

principio è stato, di recente, ribadito dalla giurisprudenza, che ritenuto illegittimo l'operato della commissione qualora le operazioni di verbalizzazione siano state effettuate *a posteriori* in relazione ad una molteplicità di sedute di gara svoltesi a distanza di diversi mesi l'una dall'altra e la prima dall'ultima, in modo tale da non consentire di ricostruire le operazioni svolte e l'*iter* logico - procedurale seguito, violando anche il *minimum* di requisiti di un verbale di gara d'appalto, non riportando le operazioni svolte in ciascuna seduta (Tar Piemonte, sez. II, ord. 23 maggio 2008, n. 460).

Nel caso di riammissione in gara di un'offerta in precedenza esclusa, qualora l'aggiudicazione debba essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si ritiene che legittimamente la commissione di gara valuta l'offerta esclusa senza ripetere l'intera procedura di gara, applicando gli stessi rigidi criteri di giudizio fissati ed utilizzati in precedenza. Non si oppone a tale conclusione il principio di contestualità delle operazioni valutative, atteso tale principio non ha carattere assoluto e che le offerte tecniche delle diverse concorrenti non vengono mai esaminate contestualmente, in quanto l'esame dell'offerta di una concorrente precede sempre l'esame delle offerte delle concorrenti successive, ma ciò non abilita la concorrente valutata in precedenza a dolersi di una pretesa penalizzazione per essere stata esaminata precedentemente (Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5372).

Quanto al **principio di c.d. continuità delle operazioni di gara** (per approfondimenti, in proposito, si rinvia a VOLPE, *Il principio di pubblicità delle operazioni di gara tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in www.giustizia-amministrativa.it), al quale in precedenza si è accennato (la cui importanza sistematica è stata rimarcata dal Consiglio di Stato nel parere del 17 settembre 2007, n. 3267, reso sullo schema di regolamento di attuazione del Codice, con particolare riferimento all'art. 117 di tale schema), si afferma comunemente che siffatto principio costituisce esplicitazione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa e mira a garantire che le operazioni di gara si svolgano con imparzialità, nel rispetto della par condicio dei concorrenti, e senza il sospetto di favoritismi che potrebbero verificarsi se le sedute della Commissione di gara fossero distanziate nel tempo. Più in generale, si sostiene che tale principio è diretto ad assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio di chi presiede la gara e a sottrarlo a possibili influenze esterne, oltre che a impedire che i criteri di valutazione delle offerte vengano formulati dopo la conoscenza delle stesse. Proprio in considerazione della sua ratio, la violazione del principio della continuità del procedimento di gara di appalto comporta l'invalidità della gara, a prescindere dalla verifica delle conseguenze pratiche (Cons. St., sez. IV, 15 luglio 1992, n. 689).

La giurisprudenza ritiene che il principio di continuità ha valore non assoluto, ma tendenziale ed è, pertanto, suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e *par condicio*, una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti (Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5372; Cons. St., sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360; C.g.a. 16 settembre 1998, n. 477; Cons. St., sez. V, 23 febbraio 1990, n. 129); sicchè, è da escludere che tale principio comporti la necessità che le offerte siano esaminate in un arco di tempo continuo e ininterrotto, soprattutto quando si tratti di offerte complesse e in numero elevato (da ultimo, Tar Piemonte, sez. II, 26 ottobre 2007, n. 3305). In questo senso si afferma che la necessaria contestualità del giudizio comparativo sulle offerte è richiesta al momento dell'attribuzione del punteggio e non già nella fase di apertura e lettura dei progetti (Tar Valle d'Aosta 11 luglio 2007, n. 91).

Non mancano, tuttavia, decisioni in cui si è affermato che costituisce principio proprio delle gare di appalto quello della continuità, nel senso che le operazioni di esame delle offerte tecniche ed economiche devono essere concentrate in un'unica seduta senza soluzione di continuità (Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128). Tuttavia, si esclude che l'aggiudicazione della gara sia di per sé viziata per violazione del principio di continuità e di concentrazione delle operazioni di gara, qualora sia stato impiegato un tempo ritenuto eccessivo per la verifica della documentazione amministrativa e delle offerte presentate, ove le interruzioni o sospensioni dei lavori da parte della commissione giudicatrice della gara siano giustificate dalla complessità dei lavori che rendano necessaria la loro articolazione in più sedute ovvero da fattori eccezionali (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1603).

Infine, per completezza, riguardo all'**efficacia probatoria del verbale di gara**, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ritiene che la funzione del processo verbale nei procedimenti di gara degli appalti pubblici sia quella di costituire una documentazione circa l'esistenza dei fatti e degli atti di particolare rilevanza descritti e rappresentati nel processo verbale. Tale verbale è dotato, sul piano probatorio, di una forza privilegiata tale che esso fa piena prova, fino a querela di falso, sia della sua provenienza che delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti *ex art. 2700 c.c.* (Tar Lazio, sez. II-*quater*, 8 ottobre **2008**, n. 8832; Cons. St., sez. IV, 12 maggio **2008**, n. 2188 e n. 2189; Tar Sardegna, sez. I, 15 gennaio **2008**, n. 31; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2006, n. 2372; id. 2 settembre 2005, n. 4463; id. 19 marzo 2001, n. 1642); in altri termini, il verbale di gara non può essere oggetto di impugnazione per la materiale operazione di verifica del contenuto delle buste presentate dai partecipanti, cioè per la mera attività di verbalizzazione di fatti avvenuti in presenza del pubblico ufficiale che non consente alcun margine di apprezzamento e la cui contestazione non può che assumere, per evidenti ragioni di certezza, la forma della querela di falso (Tar Lazio, sez. II-*quater*, 8 ottobre **2008**, n. 8832; Tar Pescara, sez. I, 7 gennaio **2008**, n. 5; Tar Lazio, sez. III, 21 marzo 2007, n. 2454; id., sez. II, 26 maggio 2006, n. 3921; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2006, n. 2372; Tar Lazio, sez. II, 2 settembre 2005, n. 6527; Cons. St., sez. V, 19 marzo 2001, n. 1642). È, pertanto, illegittimo l'annullamento dell'aggiudicazione disposto dal responsabile del procedimento mettendo in dubbio la correttezza del procedimento di aggiudicazione come certificata nei verbali di gara, senza attivare il procedimento volto a dimostrare che il loro contenuto era falso, e che le indicazioni negli stessi contenuti in ordine alle operazioni di voto non erano corrispondenti al vero (Tar Sardegna, sez. I, 15 gennaio **2008**, n. 31, ove il Collegio ha affermato il principio in discorso in una fattispecie in cui l'annullamento dell'aggiudicazione era stato disposto a seguito della conclusione dei lavori di una commissione di inchiesta istituita presso il Consiglio Regionale della Sardegna, sull'affidamento della campagna pubblicitaria ed istituzionale della Regione, incaricata di accertare lo svolgimento dell'*iter* valutativo della relativa gara d'appalto. In tale sede era stata disposta l'audizione dei commissari e del segretario verbalizzante e da tali dichiarazioni erano emersi passaggi procedurali in ordine alle operazioni di voto completamente privi di riscontro nei verbali di gara. Tanto giustificava una relazione conclusiva della commissione consiliare d'inchiesta fortemente critica sull'operato della commissione giudicatrice. Il responsabile del procedimento di gara, utilizzando le trascrizioni di tali audizioni, aveva ritenuto di annullare l'intera procedura di gara e di revocare la determinazione di nomina della commissione giudicatrice in quanto l'insieme delle dichiarazioni rese avrebbe evidenziato, sotto diversi profili, violazioni di norme e principi essenziali di garanzia in tema di verbalizzazioni delle operazioni di gara. Afferma il Collegio che, ove l'intento del responsabile del procedimento fosse stato quello di azzerare una procedura di gara in relazione alla quale erano a suo avviso venute meno le necessarie garanzie sulla correttezza del procedimento di aggiudicazione come certificate nei verbali di gara, sarebbe stato suo onere attivare, preliminarmente, il procedimento diretto a dimostrare la falsità del contenuto dei verbali, in considerazione della fede privilegiata che assiste i verbali di gara, atti pubblici ai sensi dell'art. 2700 c.c.).

6. È consentito alla commissione giudicatrice avvalersi di pareri esterni e, più in generale, dell'assistenza di estranei?

A tutela della regola della collegialità perfetta che connota l'attività valutativa delle commissioni giudicatrici, la giurisprudenza accoglie un indirizzo estremamente cauto nell'ammissibilità di pareri esterni ed in ordine alla presenza di soggetti estranei ai lavori della commissione. In quest'ottica, si ammette la possibilità per le commissioni giudicatrici di acquisire pareri esterni solo in relazione a questioni preliminari, non attinenti all'attività di comparazione dei progetti, da risolvere prima di affrontare il raffronto delle proposte. La presenza di soggetti in esterni alla commissione giudicatrice è ritenuta legittima se i soggetti in questione si limitano a prestare attività di consulenza e assistenza professionale all'organo collegiale, con la conseguenza che sussiste la violazione del principio di perfetta collegialità delle sedute della commissione di gara quando gli esperti esterni alla commissione operano come veri e propri componenti della stessa, partecipando a tutte le sedute, incluse quelle riservate, pur non avendo titolo a parteciparvi ovvero concorra alla valutazione delle offerte (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5110; Tar Lazio, sez. III, 29 aprile **2008**, n. 3577; Cons. St., sez. V, 22 novembre 2005, n. 6496).

Non è escluso, tuttavia, che la Commissione possa utilizzare la valutazione di organi esterni nella misura in cui faccia propria la valutazione con autonomo e successivo giudizio (Tar Napoli, sez. I, 6 maggio 2008, n. 3379; id. 2 luglio 2007, n. 6403, ove, a sostegno dell'assunto, il Collegio osserva che la Commissione ha recepito criticamente i risultati dell'organo tecnico esterno; sui limiti alla possibilità di nominare uno staff tecnico di supporto alla Commissione; Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 258, ove il Collegio, pur affermando indirettamente che lo staff tecnico di supporto può essere nominato e svolgere il ruolo previsto dal disciplinare di gara, ha precisato che, in ogni caso, le commissioni giudicatrici devono essere in grado di valutare da sole le offerte che vengono loro sottoposte).

In ogni caso, il consulente non dev'essere presente alla discussione della commissione per l'impostazione e la discussione delle scelte ad essa riservate (Tar Sardegna 2 luglio 1992, n. 870; Tar Lazio, sez. II, 15 giugno 1990, n. 1247), in quanto l'estraneo, pur non avendo diritto di voto, potrebbe influire sulla discussione e, quindi, sulla formazione della volontà collegiale (in dottrina, VERBARI, *op. cit.*). I consulenti esterni non possono, quindi, operare come veri e propri componenti, essendo loro impedito di partecipare alle sedute, alle quali non hanno titolo a presenziare, pena la violazione del principio di perfetta collegialità dell'organo, poiché all'evidenza tale partecipazione è indice di un apporto attivo che travalica il circoscritto concetto di consulenza e che conduce, per l'effetto, all'invalidazione di tutti gli atti posti in essere dalla commissione (Cons. St., sez. V, 22 novembre 2005, n. 6496).

La stessa giurisprudenza rinviene un limite di ragionevolezza entro cui sembra consentito il ricorso alla acquisizione di conoscenze tecniche estranee alla competenza specifica dei componenti l'organo tecnico; limite implicito nel fatto che quel contributo sia pur sempre un apporto cognitivo, mai sostitutivo di quelle autonome valutazioni tecnico-discrezionali che soltanto il seggio di gara è abilitato a compiere. Ben si spiega, dunque, che la prassi amministrativa in esame sia ritenuta legittima ove si tratti di casi in cui il contributo dell'esperto esterno riguardi singole e ben definite questioni tecniche, la cui piena cognizione postuli il possesso di qualificate nozioni o esperienze tecnico-professionali, di cui possano in tesi risultare privi i singoli componenti della commissione di gara. In applicazione di tale principio, da ultimo, Tar Catanzaro, sez. I, 15 maggio 2008, n. 481, ove il Collegio ha accolto (sia pur parzialmente) il ricorso proposto da un operatore economico contro la determinazione (*in specie*, decreto) adottata dall'Amministrazione procedente (Università) nel quale si era proceduto alla nomina della commissione giudicatrice nella gara in questione, oltre alla nomina di un esperto esterno alla predetta commissione ai fini della valutazione delle caratteristiche qualitative delle offerte sotto il profilo della gestione e della organizzazione del servizio. Proprio questo secondo profilo è stato fatto oggetto di una autonoma censura di legittimità, sul rilievo che non è ammissibile, nell'operato delle commissioni giudicatrici, avvalersi di consulenti esterni che abbiano funzioni e compiti diversi da quelli di una mera consulenza e, dunque, ausilio alla decisione. Rileva, al riguardo, il Tribunale che l'esperto esterno, avendo fornito una dettagliata relazione riguardo alla consistenza delle offerte delle imprese partecipanti nonché compiute valutazioni inerenti e le caratteristiche qualitative proprie della gestione ed organizzazione del servizio offerto da ciascun concorrente e la qualità e la varietà dei prodotti alimentari proposti, non si è limitato a prestare l'assistenza professionale, ma ha svolto, sia pure pro parte, quei compiti di amministrazione attiva che nei contratti pubblici rientrano nella sfera di competenza del seggio di gara. Si è trattato in sostanza di un (inammissibile) affidamento vero e proprio di un tratto di quell'*iter* procedimentale valutativo di cui doveva restare al contrario attribuita in via esclusiva la commissione di gara, stante il principio di tipicità dei poteri amministrativi e degli organi (anche straordinari) che ne restano per legge intestatari, la inderogabilità delle competenze (che postula non soltanto che un organo, fuori dai casi previsti dalla legge, non possa delegare ad altri le funzioni proprie, ma che non possa neppure essere sostituito da parte dell'autorità), la pacifica natura di collegio perfetto della commissione di gara (non suscettibile di essere eterointegrato in occasione di valutazioni da compiere sulle offerte per specifici profili), nonché intuibili esigenze di trasparenza e *par condicio* nell'espletamento dei delicati compiti valutativi (che postulano l'unicità dell'organo cui imputare l'attività valutativa, anche per i profili connessi alla responsabilità professionale).

Nello stesso senso, Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 256 ha osservato che la presenza a tutte le sedute della commissione di gara dello staff tecnico, nominato in forza del disciplinare, e la sottoscrizione di tutti i verbali di gara da parte dei due componenti dello stesso pongono in rilievo una partecipazione attiva a tutte le fasi della procedura di gara, quanto meno nella funzione di coadiuvare i momenti decisionali, per cui deve escludersi che la sottoscrizione sia stata un fatto meramente formale di attestazione della presenza dei due membri dello staff alle sedute. La sottoscrizione di tutti i verbali di gara, in assenza di precisazioni al riguardo contenute negli stessi verbali (ad esempio poteva essere indicato che la firma era apposta solo per la presenza), fa propendere per l'opzione contraria ad una presenza meramente formale alle varie fasi della procedura.

Nella stessa direzione si segnala, inoltre, Tar Toscana, sez. II, 13 luglio 2007, n. 1273, ha ritenuto che, in una licitazione privata per l'affidamento di un appalto di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non fosse viziante la circostanza che in uno dei verbali si desse atto della lettura delle relazioni presentate dal tecnico esterno nominato dalla commissione per valutare le caratteristiche tecniche dei prodotti. A tale conclusione il Tribunale toscano è pervenuto in forza del rilievo che, da un lato, la Commissione ha facoltà di ricorrere alla collaborazione anche di tecnici esterni per fini istruttori, mentre, dall'altro, essendo fuori dubbio che il suddetto tecnico non avesse nella specie in alcun modo partecipato all'attribuzione dei punteggi, ne consegue che l'attività valutativa finale è stata esercitata esclusivamente e correttamente dalla sola commissione nel suo *plenum*.

In definitiva, la presenza di estranei ai lavori della commissione può ammettersi limitatamente ad attività a carattere strettamente preparatorio ed istruttorio, per taluni profili il cui esame richieda conoscenze tecniche approfondite, a supporto dell'attività di valutazione delle offerte presentate (Tar Lazio, sez. III-ter, 30 aprile 2008, n. 3260; Tar Catania, sez. III, 5 giugno 2006, n. 862; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 631; Tar Piemonte, sez. II, 10 febbraio 2003, n. 184), come nel caso in cui sia necessario procedere all'audizione dei rappresentanti o dei progettisti delle ditte offerenti, esclusa comunque la presenza di estranei alle sedute in cui si fissano i criteri di valutazione ovvero si compiono le scelte della commissione. Del resto, ove si ritenesse che le commissioni giudicatrici *ex art.* 84 del Codice possano essere affiancate da un consulente esterno con funzioni valutative e di giudizio dell'offerta o di sue parti, si porrebbe in discussione il principio fondamentale per cui la scelta fondamentale in una procedura di gara dev'essere riconducibile all'amministrazione stessa o a suo organo (in questo caso, una commissione giudicatrice, unico organo previsto dalla legge per tali compiti ai sensi dell'art. 84 del Codice). Anche solo l'esternalizzazione di una porzione dell'attività valutativa comporta, dunque, una incompetenza del soggetto che tale operazione compie, giacché esso è comunque legato all'Amministrazione (e alla commissione giudicatrice), ma non è (né può essere) attributario di quei poteri che la legge tipizza e attribuisce ad uno specifico organo amministrativo.

Ad ogni buon conto, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 84 del Codice, si rileva come la nomina di un esperto esterno in funzione ausiliaria rispetto all'organo tecnico, ove eccezionalmente ammessa, dev'essere presidiata da particolari cautele nella scelta del soggetto da affiancare all'organo tecnico istituzionalmente deputato alla valutazione delle offerte, vieppiù ove quest'ultimo abbia espressamente sollecitato tale nomina per dichiarata inadeguatezza delle cognizioni particolari della materia (Tar Catanzaro, sez. I, 15 maggio 2008, n. 481, che richiama a sostegno il principio di carattere generale e sistematico secondo cui i membri delle commissioni di gara - e, *a fortiori*, coloro che eccezionalmente sono chiamati a svolgere compiti consulenziali di supporto - devono essere selezionati sulla base di rigorosi requisiti di professionalità, anche per le innegabili ricadute che la caratura professionale riverbera sul piano della indipendenza e dell'imparzialità della loro azione; dal che discende - precisa il Collegio - l'ininfluenza del titolo formale di imputazione normativa ai fini della predicabilità dei necessari requisiti di professionalità nei soggetti esterni chiamati - a titolo straordinario e/o temporaneo - a prestare la loro opera ausiliaria, quali organi tecnici serventi, in favore di una pubblica amministrazione).

7. La commissione giudicatrice è dotata di un potere di autotutela decisoria? La giurisprudenza afferma che le commissioni giudicatrici, **fino al momento di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte della stazione appaltante**, siano titolari di un potere di autotutela decisoria, sostenendo che possano riesaminare il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo

da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente (da ultimo, Tar Catanzaro, sez. II, 22 ottobre 2007, n. 1604; già, Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360; Tar Catanzaro, sez. I, 3 marzo 2005, n. 331; Tar Lazio, sez. I-bis, 13 dicembre 2002, n. 12246). Di contro, rientrando l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto nella competenza esclusiva dell'amministrazione appaltante, è quest'ultima il soggetto competente all'adozione dei provvedimenti di ritiro degli atti ritenuti invalidi in funzione di autotutela, senza che al riguardo possa configurarsi una qualche competenza della commissione, la quale, con la rimessione dei verbali, ha esaurito la propria funzione, ristretta alle operazioni di supporto tecnico alla scelta della stazione appaltante (Tar Lecce, sez. II, 1 marzo 2005, n. 976; Cons. St., sez. V, 20 settembre 2001, n. 4976; id. 5 aprile 2001, n. 2093; id. 30 novembre 2000, n. 6365; id. 3 febbraio 2000, n. 661; Tar Catanzaro, 27 maggio 1999, n. 705). Neppure è configurabile un obbligo dell'amministrazione di riconvocare la commissione, ai fini dell'adozione del provvedimento di autotutela, trattandosi di procedimento teso alla verifica esterna del rispetto delle regole della gara, e non già alla riformulazione di un giudizio tecnico o coinvolgente apprezzamenti discrezionali, per il quale si possa configurare necessario l'apporto dell'organismo ausiliario.

Pur ritenendosi che la Commissione giudicatrice, in sede di revisione, possa riesaminare, annullare e/o rettificare gli atti già posti in essere, nell'esercizio del potere di autotutela, fino a quando l'amministrazione non proceda all'approvazione degli atti di gara, si precisa, tuttavia, che l'attività riesame deve, comunque, avvenire a buste aperte, e quindi ad offerte conosciute, solo per l'attività valutativa vincolata a parametri oggettivi e predeterminati dal bando, senza alcun esercizio di discrezionalità tecnica (Tar Lazio, sez. III, 13 febbraio 2006, n. 1052; Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 683).

Tale potere di riesame - che pur potrebbe esercitato anche indirettamente, informando cioè del dubbio di legittimità del proprio stesso operato il competente organo dell'amministrazione appaltante investito del potere di approvazione degli atti di gara ed invitandolo, pertanto, a sospendere il procedimento finalizzato all'aggiudicazione definitiva e a rimettere gli atti alla stessa commissione di gara per il riesame delle questioni dubbie - costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, consacrati dall'art. 97 Cost., che devono informare qualsiasi attività della Pubblica Amministrazione e che impongono, conseguentemente, l'adozione di atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (Cons. St., sez. V, 2 luglio 2001, n. 3610) e che, riguardo all'attività delle commissioni gara, si configura proprio come autotutela (Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1224; id. 3 febbraio 2000, n. 661; Tar Lazio, sez. I bis, 13 dicembre 2002, n. 12246).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato (*ex pluribus*, sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7833) ha, poi, escluso che possa configurarsi un autonomo procedimento nell'ipotesi di annullamento, in via di autotutela decisoria, del precedente verbale della commissione di gara recante l'ammissione dei concorrenti (autonomo procedimento cui ricollegare l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento), essendo unitario il procedimento per la scelta del contraente privato da parte dell'amministrazione appaltante (tra le tante, Cons. St., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1909; id. 19 marzo 2001, n. 1642; id. 7 marzo 2001, n. 1344). Tale procedimento, sebbene articolato in varie fasi, si conclude soltanto con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non è configurabile l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (ai concorrenti) nel caso di riesame delle precedenti determinazioni assunte dalla commissione di gara circa l'ammissione alla gara di alcuni concorrenti, sempreché non sia già intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Come detto *supra sub* 5, II, il **principio di continuità e concentrazione della gara**, che pure costituisce esplicitazione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione e che è finalizzato a garantire che le operazioni di gara si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, può in concreto **subire eccezioni** in quelle particolari situazioni che obiettivamente impediscono la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta (Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128): tra esse può certamente annoverarsi anche quella che legittima la rinnovazione del procedimento, tanto più quando tale rinnovazione è finalizzata all'eliminazione, in via di autotutela, di vizi di legittimità del precedente operato.

8. Quali sono le conseguenze in caso di inosservanza delle norme in materia di formazione dei collegi?

La violazione delle norme concernenti la composizione e le modalità di nomina della commissione determina l'irregolare costituzione dell'organo collegiale, cui consegue un vizio del procedimento, sindacabile in sede giurisdizionale (Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711, ove, con riferimento alla violazione delle disposizioni in tema di nomina del presidente della commissione di gara, si afferma il seguente principio: «l'illegittima costituzione di una commissione giudicatrice vizia la scelta finale e legittima l'impugnazione da parte di chi non ha ottenuto il provvedimento a sé favorevole, pur essendo impossibile dimostrare che una diversa commissione o l'organo competente avrebbero emanato un diverso provvedimento finale»; nello stesso senso, Tar Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 266; Tar Lazio, sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268 e Tar Napoli, sez. I, 4 luglio 2007, n. 7230, ove si afferma il principio dell'efficacia caducante della irregolare costituzione della commissione - in quanto avvenuta, nel caso di specie, in violazione del disposto di cui all'art. 84, comma 10, del Codice - rispetto agli atti successivi della procedura; alla medesima conclusione perviene Tar Lazio, sez. III, 8 gennaio 2004, n. 41). In via di principio, l'illegittima composizione dell'organo (collegiale) viene ritenuta vizio di legittimazione, da ricondurre nell'ambito dell'incompetenza, al cui riscontro consegue, secondo i noti principi, la rimessione dell'affare all'autorità amministrativa (organo) competente, con contestuale assorbimento di tutti gli altri motivi di ricorso; il che comporta, riguardo alle pubbliche gare, la declaratoria dell'obbligo di riedizione del procedimento di gara da parte della stazione appaltante. In simili ipotesi, ritiene, infatti, la giurisprudenza che - in ossequio alla necessità di coniugare l'esigenza di ripristinare la legalità amministrativa, in conformità al pertinente accertamento giurisdizionale, con il principio di conservazione degli atti amministrativi - laddove l'azione amministrativa si articola in diversi segmenti procedurali, ciascuno connotato dall'emanazione di veri e propri provvedimenti (come ad esempio le esclusioni, nel caso delle procedure di affidamento di appalti pubblici), il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal *dictum* di illegittimità, fatto, comunque, salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'intera procedura, e quindi nella ripetizione delle operazioni di gara affette dal vizio riscontrato in sede giudiziaria (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829 e id. 1 luglio 2008, n. 3326; già, Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 692; id. 22 settembre 2003, n. 5356).

Laddove la riedizione della procedura non sia possibile in conseguenza dell'avvenuta stipulazione del contratto (*arg. ex* art. 246, comma 4, del Codice), l'annullamento degli atti di gara per vizio nella composizione della commissione giudicatrice dà diritto al risarcimento del danno, in considerazione della grave negligenza imputabile all'Amministrazione. In tal caso, ai fini della quantificazione dei danni risarcibili, non essendo possibile valutare la *chance* del ricorrente di aggiudicarsi la gara (a causa dell'inattendibilità dei punteggi assegnati dalla commissione illegittimamente composta), occorre far ricorso al criterio equitativo *ex* art. 1226 c.c. (Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829), il quale è utilizzabile nel (solo) caso di impossibilità o estrema difficoltà di dimostrare la misura esatta del danno subito per effetto dell'atto illegittimo e non anche per dimostrare l'esistenza stessa di un danno risarcibile, sotto il duplice aspetto del danno emergente e del lucro cessante (Cons. St., sez. V, 21 aprile 2006, n. 2256).

Riguardo alle possibili ricadute sugli atti adottati dall'organo collegiale della caducazione dell'atto di nomina o del difetto di legittimazione di uno dei membri del collegio, ove lo stesso abbia preso parte alla deliberazione, occorre distinguere a seconda della natura del collegio.

Laddove si tratti di un collegio perfetto, operante con il *plenum* dei suoi componenti, la nomina illegittima anche di un solo membro, vizia inevitabilmente l'investitura dell'intero collegio: pertanto, la delibera eventualmente adottata dovrà ritenersi illegittima, appunto per difetto di legittimazione.

In relazione all'interesse processuale idoneo a far valere l'illegittima composizione di un collegio (qual'è la commissione giudicatrice nelle gare d'appalto), la giurisprudenza ritiene che non debba essere dimostrato da parte del ricorrente il nesso causale tra illegittimità nella composizione dell'organo collegiale e provvedimento sfavorevole, essendo sufficiente che tale nesso in astratto non possa essere escluso (Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711). Non occorre, dunque, fornire la dimostrazione che una diversa commissione o l'organo competente avrebbero adottato un diverso provvedimento finale, poiché, così ragionando, «tutte le norme e garanzie procedurali - ivi compresa la stessa deducibilità del

vizio di incompetenza - verrebbero ad essere vanificate» (Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711). Ai fini della ravvisabilità dell'interesse a ricorrere, è sufficiente, dunque, non escludere a priori che una commissione regolarmente composta avrebbe potuto assumere una determinazione diversa. In tal senso, si è, da ultimo, ritenuto sussistente l'interesse al ricorso anche laddove il ricorrente abbia censurato solamente la nomina della Commissione giudicatrice, senza allegazione di un pregiudizio concreto arrecato dall'irregolare composizione della stessa all'esito del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale, in quanto in tale evenienza è configurabile un'ipotesi di interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che mira al potenziale effetto favorevole che potrebbe derivare dall'attività rinnovatoria e dalla nuova valutazione dell'offerta presentata (in questi termini, Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905; già Cons. St., sez. IV, 10 aprile 2006, n. 1971; Cons. St., sez. V, 26 gennaio 1996, n. 92). Conclusione, questa, alla quale si perviene in forza della premessa che, ai fini della dimostrazione dell'interesse all'impugnazione in materia di appalti pubblici, è sufficiente un interesse strumentale a rimettere in discussione il rapporto, mentre non occorre la prova che il soggetto ricorrente avrebbe vinto la gara, né il giudice è tenuto a compiere indagini a questo riguardo.

Di contro, laddove si tratti di un collegio virtuale, deliberante a maggioranza, pur in presenza di un atto di nomina invalido o inesistente, il collegio potrà ritenersi legittimamente investito ove il numero dei suoi componenti di nomina legittima raggiunga il *quorum strutturale*. Al contrario, per gli atti adottati con la partecipazione al voto anche del membro non legittimato, questi saranno annullabili solo nel caso in cui la c.d. prova di resistenza dia esito negativo e allo scopo bisognerà fornire la prova positiva che il voto espresso dal componente non legittimato sia stato determinante per la formazione della maggioranza (CARINGELLA, *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2002, 253 ss.).

Per evitare, tuttavia, una soluzione puramente formale, parte della dottrina opta per la verifica dell'effettiva influenza esercitata dal voto del membro illegittimo (ad esempio, in conflitto di interessi o illegittimamente ammesso all'adunanza) sull'orientamento espresso dal collegio: è indubbio, infatti, che il voto comunque espresso da quest'ultimo, anche se non determinante per la formazione della maggioranza, potrebbe concretamente influenzare il collegio nel momento deliberativo (DI PALMA, *Collegi perfetti: tra attività valutativa e vincolata*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2, 491; *contra*, GARGIULO, *op. cit.*, secondo cui il vizio sussiste sempre e va qualificato come violazione di legge, in quanto vengono violate le norme sull'investitura dei componenti, ovvero i principi generali in tema di astensione).

9. Quando può essere impugnato il provvedimento di nomina dei componenti di una commissione giudicatrice dal partecipante che si ritenga leso?

Al quesito ha fornito, di recente, nuovamente risposta la giurisprudenza, ribadendo il noto indirizzo espresso dal Consiglio di Stato al suo massimo livello (ad. pl., 29 gennaio 2003, n. 1), che esclude l'immediata impugnabilità delle clausole che riguardano i criteri di composizione della commissione (sul tema dell'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando laddove impongano requisiti di formulazione dell'offerta a pena di esclusione, si rinvia a quanto sarà esposto *sub* 9 della Sez. II a commento dell'art. 86). In ossequio a tale indirizzo, dunque, il provvedimento di nomina dei componenti di una commissione giudicatrice di una gara può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga leso (ad esempio, in ragione della presenza, al suo interno, di soggetti che non avrebbero potuto prendervi parte) solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e l'aggiudicazione definitiva, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (Tar Reggio Calabria 23 ottobre 2008, n. 542; Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905; Tar Lazio, sez. I-quater, 4 luglio 2007, n. 5993; Tar Pescara 6 novembre 2003, n. 924; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2002, n. 5279; id. 19 ottobre 1999, n. 1589).

Anche prima dell'arresto della Plenaria, era comunque minoritario l'indirizzo che riteneva sussistere l'onere di immediata impugnazione delle clausole relative alla nomina e alla composizione della commissione di gara (Cons. St., sez. V, 4 aprile 2002, n. 1857).

Ad opposta conclusione deve pervenirsi qualora sia stato emesso un provvedimento di esclusione dalla gara, giacché l'esclusione si caratterizza come atto endoprocedimentale solo se si ha riguardo alla sua collocazione nella sequela delle operazioni concorsuali, ma, in realtà, ad essa si collegano effetti costitutivi, sì da risultare immediatamente lesiva nei confronti del soggetto che ne è destinatario (Tar Lazio, sez. III-ter, 4 febbraio 2008, n. 905; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6530). In tal caso, il

partecipante, impugnando il provvedimento di esclusione, ben potrà dedurre vizi attinenti alla composizione della commissione giudicatrice. Naturalmente, la decisione di escludere un'offerta sancita dalla commissione di gara è impugnabile solo quando sia fatta propria dall'amministrazione procedente, perché solo allora provoca un effetto lesivo dell'interesse del concorrente (Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003, n. 2078). Conclusione, questa, che trova fondamento nel principio secondo cui il verbale redatto dalla commissione giudicatrice di una gara di appalto assume rilevanza esterna, nella parte in cui esclude un'impresa concorrente, solo dal momento in cui esso viene portato a conoscenza dell'interessata da parte dell'organo deputato ad esprimere verso l'esterno la volontà dell'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 29 aprile 2000, n. 2557).

È appena il caso di aggiungere che la giurisprudenza ritiene **la Commissione giudicatrice priva di legittimazione processuale**, in considerazione della sua natura di organo straordinario dell'amministrazione, alla quale soltanto vengono imputati gli effetti del suo operato (*ex pluribus*, in aggiunta ai precedenti citati *sub* 1, II, si vedano Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9189; Tar Lazio, sez. II, 7 novembre 2001, n. 9049); essa, pertanto, non è parte del giudizio, difettando di autonoma soggettività (Tar Sardegna, sez. I, 29 ottobre 2004, n. 1550). Ne consegue che il ricorso non dev'essere necessariamente notificato anche a tale organo operativo della Pubblica amministrazione, che non ha un diverso interesse da tutelare rispetto a quello dell'Ente pubblico di cui è espressione. Ne deriva, in conclusione, che la legittimazione processuale spetta non già alla Commissione giudicatrice (la quale è titolare di poteri propri soltanto in via occasionale ed in ragione delle specifiche funzioni valutative che è chiamata a svolgere), ma all'amministrazione che è l'effettiva e diretta titolare dell'interesse alla gestione del servizio per il cui affidamento la gara è stata bandita.

10. Quali sono le conseguenze in caso di accertata incompatibilità di uno dei membri della commissione giudicatrice?

Al quesito la giurisprudenza, nel vigore del d.P.R. n. 554 del 1999, forniva risposta nel senso che la partecipazione ai lavori della commissione di gara di un soggetto incompatibile si riflette nell'illegittimità delle determinazioni adottate dalla stessa commissione e, quindi, anche sul provvedimento finale di aggiudicazione; si produce, dunque, un complessivo effetto demolitorio, coinvolgente anche gli atti conseguenti al concreto agire della commissione (Tar Palermo, sez. II, 11 luglio 2001, n. 1022).

Inoltre, secondo la giurisprudenza, il vizio di composizione della commissione giudicatrice di un appalto pubblico, derivante dalla presenza di commissario in posizione soggettiva di incompatibilità, non è suscettibile di sanatoria attraverso la sola rinnovazione dell'approvazione degli atti di gara da parte di altro dirigente amministrativo diverso da quello cui si riferisce l'incompatibilità, perché esso investe tutti gli atti e le operazioni di gara in relazione ad un radicale difetto di legittimazione ad operare della commissione, potendo essere rimosso soltanto mediante la rinnovazione parziale della gara ad opera di altra commissione, diversamente composta almeno quanto al commissario in posizione di incompatibilità (Tar Bari, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394; nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711, ove il principio è affermato in relazione alla nomina quale presidente della commissione di gara di un dirigente di un'amministrazione diversa da quella appaltante, nonché, da ultimo, Tar Lazio, sez. II *ter*, 31 luglio 2007, n. 7016, relativa alla nomina quale componente della commissione di gara di un dirigente in precedenza cointeressato nell'attività di affidamento del servizio oggetto dell'appalto, in situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 84, comma 4, del Codice).

Deve, comunque, escludersi che, qualora a fondamento del gravame si ponga la censura di illegittimità dell'atto della procedura di gara correlata alla situazione di incompatibilità di alcuni componenti la commissione, il ricorso debba essere anche a loro personalmente notificato. Non può, infatti, ritenersi che i componenti della commissione vadano evocati in giudizio, assumendo che abbiano interesse a difendere l'atto deliberativo, anche riguardo ai profili di responsabilità circa le deliberazioni assunte. Invero, secondo i principi generali, l'atto collegiale non costituisce la sommatoria di tante volontà, essendo unitario, poiché proviene collettivamente ed impersonalmente dall'organo che lo ha adottato. Tale unitarietà dell'atto collegiale non viene a scindersi nemmeno quando siano dedotte censure che riguardano i singoli componenti dell'organo, i quali - ove imputati di interesse privato in atti d'ufficio ovvero citati innanzi al giudice contabile per danno erariale - possono difendersi in quei giudizi.

11. Deve astenersi, ai sensi dell'art. 51 c.p.c., il componente di una commissione giudicatrice che con una società concorrente abbia un rapporto di natura volontaria e gratuita?

Come illustrato *sub* 4.2. della precedente Sez. I, il Codice, all'art. 84, comma 7, ha disposto l'applicabilità ai commissari di gara delle cause di astensione previste dall'art. 51 c.p.c.; pertanto, non sussiste l'obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente della Commissione giudicatrice di una procedura concorsuale se la situazione di fatto in concreto verificatasi non sia riconducibile in alcuno dei casi di astensione o di incompatibilità previsti espressamente dal codice di rito civile.

Orbene, nel vigore della precedente disciplina dettata dall'art. 21 della legge Merloni e dal relativo regolamento di attuazione (art. 92 d.P.R. n. 554 del 1999), si era posto il problema se costituisse causa di incompatibilità la sussistenza di un rapporto di lavoro di tipo diletantistico e che abbia natura volontaria e gratuita, che legava il commissario ad una delle imprese concorrenti. La questione originava dal fatto che i casi di obbligo di astensione non erano individuati analiticamente, come nell'art. 51 c.p.c., bensì attraverso una formulazione ampia e generica (quella recata dal comma 5 dell'art. 92, d.P.R. n. 554 del 1999), che rischiava di essere eccessivamente ampia e poco chiara.

La giurisprudenza ha escluso che tale rapporto lavorativo possa costituire causa di incompatibilità, anche ai sensi dell'art. 51 c.p.c. (ritenuto applicabile ai componenti delle commissioni giudicatrici), rilevando che il rapporto che lega il membro della commissione ad una delle concorrenti risulta privo in tal caso di quel carattere di «dipendenza» che è assunto a motivo di incompatibilità dalla normativa comunitaria (direttiva 92/50/CE, art. 13, comma 6), trattandosi di collaborazione di natura diletantistica, volontaria ed essenzialmente gratuita. In effetti, la dipendenza che fa venir meno la posizione di imparzialità del componente la commissione giudicatrice deve sostanziarsi in un vero e proprio rapporto di natura subordinata o anche di lavoro autonomo, o quanto meno in una connessione di interessi economici di rilevante portata (Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1011).

12. La commissione giudicatrice deve dare pubblica lettura dei punteggi assegnati?

La giurisprudenza è, di recente, intervenuta sulla questione relativa alle modalità in base alle quali la commissione giudicatrice, nelle gare affidate con il metodo di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve procedere all'apertura delle buste: in particolare, si tratta di stabilire se la commissione, prima di prendere conoscenza delle offerte economiche, debba o meno dare pubblica lettura dei punteggi assegnati al progetto tecnico.

Al quesito Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007, n. 5025 ha fornito risposta negativa sul presupposto che nessuna norma prescrive che nella procedura di gara con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'autorità di gara, dopo avere valutato le offerte tecniche e prima di passare all'esame delle offerte economiche, debba interrompere i lavori per dare pubblica lettura dei punteggi assegnati.

L'adempimento in questione, ossia la lettura pubblica delle offerte economiche, è stato introdotto dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (regolamento d'attuazione della Legge Merloni), il cui art. 64, facente parte del titolo IV sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativo alle modalità di svolgimento della gara, al comma 5 dispone: *«in una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economica più vantaggiosa applicando i criteri e le formule di cui all'allegato E»*. Si tratta di una procedura particolare, prevista da tale norma solo per le gare dei servizi di architettura e ingegneria per le opere pubbliche (gare di progettazione), che prevede il ritorno alla seduta pubblica dalla valutazione dei progetti in poi, o, in altri termini, configura la valutazione delle offerte come una fase incidentale non pubblica di una procedura che per il resto si svolge in seduta pubblica.

La disposizione - precisa la Sezione - può forse essere intesa come espressione di una tendenza dell'ordinamento; ma, allo stato, nessuna regola e nessun principio autorizza ad estendere la disposizione sulle gare di progettazione alle gare d'appalto col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa; e ad annullare gare per la mancata effettuazione di adempimenti non previsti dalla legge.

Il disposto di cui all'art. 64, comma 5, del regolamento attuativo della Legge Merloni è stata riprodotto in termini dall'art. 120, comma 2, del Regolamento di attuazione del Codice, che non si riferisce esclusivamente alle gare di progettazione, ma indistintamente a tutte le gare aggiudicate con il

sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sicchè, può ritenersi che la lettura pubblica dei punteggi assegnati al progetto tecnico sia divenuta la regola.

Alfonso Mezzotero
Avvocato dello Stato