Appalti, tutele più incisive per chi è escluso illegittimamente

4 Ottobre 2012

[Il Sole 24 Ore – 03/10/2012 – di Marcello Clarich]

Consiglio di Stato. Per il concorrente «riesame» dalla stessa commissione
Appalti, più tutele per i riammessi

Tutela sempre più incisiva per l`impresa esclusa illegittimamente da una gara di appalto. L`adunanza plenaria del Consiglio di Stato (26 luglio, 2012, n. 30) ha stabilito che se l`impresa viene riammessa alla procedura a gara conclusa, la sua offerta deve essere valutata dalla stessa commissione che ha attribuito i punteggi alle offerte delle ditte ammesse. E ciò non solo quando la gara è stata aggiudicata al prezzo più basso, ma anche quando il bando prevede il metodo dell`offerta economicamente più vantaggiosa che attribuisce alla commissione ampi margini di discrezionalità.
Il caso trattato dall`Adunanza plenaria riguarda l`affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza dell`aeroporto di Bergamo. Un raggruppamento di imprese escluso dalla gara per l`insufficienza di un`autorizzazione di pubblica sicurezza richiesta dal bando ha impugnato il provvedimento. All`esito di un contenzioso intricato il Consiglio di Stato (VI Sezione), accertata con sentenza parziale l`illegittimità dell`esclusione, ha rimesso all`Adunanza plenaria la questione di principio su come deve comportarsi a quel punto la stazione appaltante. Le opzioni in astratto sono tre: azzerare quasi per intero la procedura richiedendo a tutte le imprese di presentare nuove offerte; far valutare l`offerta dell`impresa esclusa dalla stessa commissione che ha esaminato le altre offerte; rimettere in busta tutte le offerte – senza esclusioni -, e farle valutare a una nuova commissione.
La seconda opzione, preferita dall`Adunanza plenaria, tutela molto di più l`impresa esclusa, perché la rimette in gara a tutti gli effetti. Consente cioè che la sua offerta sia tenuta ferma e sia valutata in comparazione con le altre. La prima opzione è più evanescente perché coincide quasi con l`avvio di una nuova gara. Oltretutto quest`ultima sarebbe comunque falsata perché le altre imprese potrebbero confezionare una nuova offerta avendo già conosciuto il contenuto di quelle presentate dalle altre partecipanti e già valutate.
La terza opzione, scartata dall`Adunanza plenaria perché contraria a una norma espressa del Codice dei contratti pubblici, sembra garantire di più i principi della segretezza della procedura (in parte vanificata dalla possibile lettura dei verbali della prima gara) e della continuità e della contestualità delle valutazioni.
L`esame dell`offerta illegittimamente esclusa a cura della stessa commissione può porre il problema di un`alterazione della parità concorrenziale. Ciò perché la commissione già conosce i punteggi non solo dell`offerta tecnica, ma anche di quella economica, delle altre imprese e il suo giudizio discrezionale potrebbe esserne influenzato. Secondo il Consiglio di Stato, tuttavia, questo rischio può essere minimizzato, perché la valutazione delle altre offerte offre già «una fitta rete di riferimenti che (…) consentono di assicurare l`omogeneità della valutazione postuma» e che rendono particolarmente stringente il controllo del giudice amministrativo.
In definitiva, nessuna soluzione è perfetta, ma quella prescelta dal Consiglio di Stato rispetta di più il principio del “giusto processo”, che pone in primo piano soprattutto l`interesse del ricorrente.