Gara informale e procedura ad evidenza pubblica. Garanzie minime e differenze. (Nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sezione I *ter*, sentenza n. 2104 del 28 febbraio 2009).

DI ALESSANDRO MANNOCCHI

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. L'apertura in seduta riservata dei plichi. 3. La trasformazione da gara informale a procedura ad evidenza pubblica è una decisione della P.A.?

1*. Il fatto.*

L'Agenzia Regionale X, concessionaria di un Ateneo, aveva indetto una gara per l'aggiudicazione del servizio di *focal point* in alcune facoltà universitarie per il periodo 30 maggio 2008 – 30 aprile 2009.

Tale servizio si strutturava in un complesso di prestazioni volte a facilitare gli studenti, quali, in via esemplificativa, la predisposizione di punti di navigazione Internet a scopo didattico, culturale e divulgativo; la fotocopiatura a prezzi agevolati; la predisposizione di PC e stampanti a fini di studio e didattici per la redazione e la stampa di ricerche, tesi, prodotti didattici ad uso divulgativo;la distribuzione di materiale informativo sulle attività dell'Agenzia.

Al soggetto aggiudicatario la Committente avrebbe, inoltre, garantito un contributo annuo di € 15.000,00.

Alla gara sono state invitate tutte le Associazioni e Cooperative studentesche regolarmente iscritte all'apposito albo curato dall'Agenzia *de qua*.

La lettera di invito e il capitolato allegato contenevano la *lex specialis* della gara, imponendo come termine decadenziale di presentazione delle offerte il 21 aprile 2008, e precisando che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il servizio, inoltre, era stato suddiviso in quattro lotti distinti, uno per ciascuna facoltà dell'Ateneo interessata.

L'Associazione Y aveva partecipato alla gara relativa al Lotto n. 3, della quale era risultata aggiudicataria l'anno precedente.

Dopo la presentazione dell'offerta, tuttavia, l'Associazione non aveva ricevuto ulteriori notizie in merito alla procedura fino al 29 maggio 2009, quando le era pervenuta una nota con la quale l'Agenzia comunicava l'aggiudicazione ad altro soggetto e un'indicazione parziale della graduatoria.

L'Associazione Y eseguiva accesso agli atti e poi presentava ricorso, deducendo tre distinti motivi di censura.

Ai fini che qui interessano, la ricorrente in particolare lamentava che l'apertura dei plichi presentati dai concorrenti era stata effettuata in seduta riservata dalla

Commissione di gara, con conseguente violazione dei principi di trasparenza e buon andamento.
L'Agenzia e due delle controinteressate, costituitesi in giudizio, deducevano che, al contrario di quanto prospettato dall'Associazione Y, la gara in questione era da ricondursi alla fattispecie della "concessione di servizi" prevista dall'articolo 30 del D.Lgs 13 aprile 2006, n. 163. Ciò, secondo la prospettazione delle resistenti, avrebbe comportato che l'Agenzia non aveva alcun obbligo di rispettare le disposizioni del Codice dei Contratti, poiché la norma in questione impone solamente lo svolgimento di una "gara informale".
Queste sono le questioni poste all'esame del giudice amministrativo che, nel pronunciare la sentenza in commento, da una parte si è attestato su posizioni del tutto pacifiche e consolidate, mentre dall'altra, come vedremo oltre, ha affermato un principio che appare innovativo e meritevole di ulteriore approfondimento.

2. *L'apertura in seduta riservata dei plichi.*
Ragioni di coerenza espositiva impongono di trattare *in primis* la censura relativa all'apertura dei plichi in seduta riservata, sulla quale il T.A.R. ha fondato la decisione di accogliere il ricorso, ritenendola assorbente rispetto alle altre.
Come già anticipato, il collegio giudicante si è mantenuto nel solco della concorde giurisprudenza, sottolineando che il principio generale di pubblicità delle sedute di gara deve ritenersi inderogabile, in ogni tipo di procedura, almeno per quanto concerne le fasi di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e di apertura dei plichi medesimi[1].
La *ratio* della regola in esame risiede nell'esigenza di tutelare la pubblicità, la trasparenza e l'imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa[2].
I suddetti principi costituiscono, del resto, cardini del diritto comunitario degli appalti[3] e l'obbligo della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è assolutamente conforme alla normativa comunitaria in materia[4].
Sul punto specifico, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (3 marzo 2008, n.1), ha rilevato che i principi del Trattato dell'Unione europea (U.E.), tra cui vi sono quelli di trasparenza e adeguata pubblicità, i quali hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006), si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme

[1] Consiglio di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421.
[2] Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529.
[3] Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166.
[4] Consiglio di Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427.

comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario.

Di recente il supremo collegio amministrativo ha effettuato una lucida ricognizione sulla materia (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n.1856), nella quale è stato chiarito che il rispetto del principio di pubblicità, applicabile ad ogni tipo di gara, impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica[5]. Ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'articolo 89 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto[6].

Il principio, come sopra delineato, non ha portata applicativa assoluta: occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica e quelle che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici. Per le prime la pubblicità delle sedute è generalmente totale al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. Per le seconde occorre tenere presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualititativa dell'offerta, la quale va effettuata in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice[7].

Ricostruito il quadro giurisprudenziale di riferimento, non sorprende che il T.A.R., avendo verificato che i plichi erano stati aperti in seduta segreta, ha provveduto ad annullare la gara.

Fin qui, la sentenza non desta particolari ragioni d'interesse, se non perché fornisce la possibilità di effettuare il punto della situazione sugli ultimi sviluppi della giurisprudenza in materia di formalità delle sedute di gara.

Il giudice amministrativo ben avrebbe potuto terminare qui la propria analisi, poiché l'accoglimento di tale censura assorbe di fatto tutte le altre, e non può essere superato dall'eccezione svolta dalla difesa della resistente e delle controinteressate, relativa al fatto che la procedura fosse da considerarsi informale.

---

[5] Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 7578.

[6] Consiglio di Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354.

[7] Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2355; 19 aprile 2007, n. 1790, 10 gennaio 2007, n. 45 e 7 novembre 2006, n. 6529; Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2012; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445, 16 giugno 2005, n. 3166 e 18 marzo 2004, n. 1427; Consiglio di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2002, n. 5421; Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 846; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2235.

Ed in effetti, in un altro ricorso promosso contro la medesima gara, ma relativo all'aggiudicazione del lotto n. 4, la Sezione I *ter* del T.A.R. Lazio si era limitata ad annullare la gara per il difetto della seduta pubblica[8], senza null'altro aggiungere o argomentare.
Nel caso che occupa, invece, il Collegio si è addentrato in un rapido esame della differenza fra gara informale ed evidenza pubblica, con le conclusioni che si esamineranno nel prossimo paragrafo.

3. *La trasformazione da gara informale a procedura ad evidenza pubblica è una decisione della P.A.?*
Prima di entrare nel vivo di quanto stabilito dal T.A.R., si impone un *excursus* sull'istituto della c.d. gara informale nel nostro ordinamento giuridico.
Va innanzitutto annotato che non esiste una definizione legislativa di tale meccanismo di aggiudicazione.
E' significativo, in questo senso, che l'articolo 3 del D.Lgs. n.163/2006, rubricato "definizioni", non contenga un'espressa indicazione di cosa debba intendersi per "gara informale".
Per contro - e si noti che questo è l'unico riferimento contenuto nel codice dei contratti - tale termine è contenuto nell'articolo 30 del D.Lgs. n.163/2006[9], in materia di concessione di servizi, dove è espressamente previsto il ricorso ad una "gara informale".
La giurisprudenza, peraltro, identifica come gara informale (o ufficiosa) quel procedimento attraverso il quale la stazione appaltante non tratta con un unico soggetto, ma invita determinate ditte a proporre le offerte e, sulla base di criteri obiettivi predeterminati, giunge poi alla individuazione dell'aggiudicatario[10].
In questo senso, è ritenuta gara informale la procedura contenuta nell'articolo 57, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006[11], come pure il procedimento dell'articolo 122,

[8] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 13 gennaio 2009, n. 114.
[9] Ecco il testo dell'articolo 30, III comma, D.Lgs. n. 163/2006: "*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*".
[10] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 3 settembre 2008, n. 8046.
[11] Il cui testo recita: "Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando".

commi 7 *bis* e 8, del D.Lgs. n. 163/2006[12], come riformulati prima dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, nonché dalla Legge 22 dicembre 2008, n. 201[13].

Tanto premesso, nell'elaborazione giurisprudenziale sono stati stabiliti alcuni principi applicabili a questo modo di scelta del contraente, partendo dall'assunto che l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, poiché la scelta del contraente deve comunque rispondere a criteri di logicità ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento[14].

Nel regime precedente all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici era stato osservato che la procedura, pur se informale, deve essere tale da garantire alle imprese partecipanti di concorrere in condizioni di parità e a se stessa di scegliere l'offerta migliore attraverso una meccanismo di valutazione oggettivamente verificabile[15].

In verità, il rispetto di tali regole è richiesto anche dal Legislatore (si confronti, ad es., l'articolo 30 del D.Lgs. n. 163/2006), ed anche tale richiamo è tutto sommato pleonastico, poiché la trasparenza, l'imparzialità e il buon andamento sono regole generali, di derivazione costituzionale e comunitaria, che devono sempre essere rispettate dalla P.A., pur in assenza di una specifica norma di riferimento.

E' stato poi sostenuto che, anche nella gara informale, la Stazione Appaltante, una volta fissata la *lex specialis*, non può sottrarsi ad essa o legittimamente derogarla. Ed *a fortiori*, ciò non è concesso ai partecipanti[16].

Come si vede, nessuno ha mai affrontato la specifica questione della differenza che corre fra una gara informale e una procedura ad evidenza pubblica in senso stretto.

La questione non sembrerebbe di difficile risoluzione, poiché la logica suggerisce che i due istituti siano tra loro in rapporto di continenza, laddove la gara informale altro non dovrebbe essere che una procedura ad evidenza pubblica "depotenziata",

---

[12] Il tenore letterale delle due norme: 7-bis. I lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero. 8. Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

[13] La gara informale è talvolta confusa con l'indagine di mercato, benché quest'ultima sia un istituto procedurale diverso, volto unicamente all'acquisizione una conoscenza dell'assetto del mercato, e dunque dell'esistenza di operatori economici potenziali contraenti, nonché del tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare. Tale istituto, non codificato e menzionato solo nell'articolo 125 del d.lgs. n. 163/2006 (procedure in economia) è finalizzato esclusivamente a conoscere la disponibilità del territorio e degli operatori economici, per stimolare proposte o soluzioni apprezzabili in relazione alle esigenze rappresentate dall'amministrazione, comunque senza impegno all'affidamento.

[14] Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5095.

[15] C. Stato, sez. V, 20 ottobre 2000, n. 5633.

[16] Fra le più recenti: T.A.R. Veneto, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 580; T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 8046/2008 cit.

dove cioè, all'Amministrazione è imposto il rispetto di alcuni requisiti minimi di garanzia, e per il resto è lasciata ampia libertà di forme.
Tirando le fila del discorso, dalle considerazioni che precedono si possono trarre alcune significative conclusioni:

1) l'Amministrazione, ove le sia concesso avvalersi della procedura informale, può decidere se utilizzare o meno alcuni schemi della gara "classica", fermo restando il rispetto delle regole di imparzialità, buon andamento, trasparenza.
2) Le regole ulteriori introdotte dall'Amministrazione nella singola *lex specialis*, anche se in ipotesi non necessarie rispetto al carattere informale del procedimento, vincolano la Stazione Appaltante, che è obbligata a rispettarle.
3) Una gara informale, anche se per ipotesi condotta nel rispetto di tutte le formalità dell'evidenza pubblica, non si trasforma in questo secondo tipo di procedura: è il Legislatore, non l'Amministrazione, a decidere se e a quali condizioni sia necessaria la procedura standard ad evidenza pubblica o sia ammissibile la gara informale.

La distinzione non è di poca importanza. Quando il D.Lgs. n. 163/2006 impone l'evidenza pubblica, le norme del codice dei contratti si applicano automaticamente, e non per il richiamo eventualmente compiuto dagli atti di gara. Viceversa, nella gara informale, impregiudicato il rispetto delle regole generali, le norme del D.Lgs. n. 163/2006 si applicano solo ove contenute nella legge di gara[17].
Nel primo caso, quindi, la norma spiega i suoi effetti in quanto vincolante, nel secondo, invece, il suo valore è di tipo, per così dire, contrattuale, avendo efficacia solo in forza del richiamo contenuto nel bando, nel disciplinare o nella lettera di invito.
Chiarito questo, il T.A.R. Lazio, sulla questione, ha rilevato che:
"[…] *il Collegio ritiene di dover precisare che quale che sia la qualificazione da attribuirsi al rapporto sotteso alla procedura selettiva operata dall'Amministrazione se, cioè, si tratti di concessione di servizi o di contributi, come asserito rispettivamente dalla Difesa erariale, nonché dalla controinteressata, ovvero di appalto di servizi come invece prospettato dalla ricorrente, la scelta del privato contraente ha assunto in realtà i connotati tipici formali e sostanziali di una procedura ad evidenza pubblica.*
Difatti, nella lettera d'invito, tra l'altro, avente ad oggetto "gara per affidamento della gestione dei servizi di focal point" e nell'allegato capitolato tecnico la disciplina di gara, ivi delineata, appare in concreto essere comunque quella dell'evidenza pubblica, mediante la previsione della presentazione delle offerte entro un termine

[17] Ciò è ancor più vero nel caso esaminato dal T.A.R., posto che l'articolo 30, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 espressamente prevede che alla concessione di servizi non si applicano le norme del codice dei contratti.

decadenziale specificamente individuato; la formulazione dell'offerta con precise formalità, modalità e contenuti da parte di soggetti muniti di specifici requisiti; lo svolgimento della gara da parte di apposita commissione.
Particolarmente significativo è da ritenersi, altresì, il criterio – rectius le modalità - di aggiudicazione dettagliatamente articolato in prefissati parametri e relativi punteggi.
Il Collegio non può, dunque, che riconoscere la volontà dell'Azienda – manifestata attraverso la predisposizione di regole procedimentali del tutto analoghe a quelle dell'evidenza pubblica, prevedenti una gara tutt'altro che informale - di autovincolarsi a seguire un vero e proprio procedimento amministrativo, ad evidenza pubblica volto all'individuazione del miglior contraente […]".
Per comprendere appieno il punto, va precisato che il Collegio ha aderito alle tesi della ricorrente, che, tra l'altro, sosteneva l'inapplicabilità alla fattispecie dell'articolo 30 del D.Lgs. n. 163/2006, sul rilievo che la Committente aveva scelto di vincolarsi a regole che non sono proprie della gara informale.
A parere di chi scrive, l'eccezione non convince appieno; l'informalità della gara, infatti, deriva dalla scelta del Legislatore, non dalle regole che l'Amministrazione si impone.
Sicché, ove è ammessa la procedura ufficiosa, l'Amministrazione può ben scegliere di vincolarsi a regole ulteriori, senza però che questo modifichi la natura della gara.
Il Collegio giudicante ha, tuttavia, ragionato in modo diverso, affermando che la mera sussistenza di alcune forme proprie dell'evidenza pubblica (data di presentazione delle offerte, criteri di valutazione, requisiti di partecipazione), trasformerebbe il procedimento in una gara "classica".
In verità, il T.A.R. non ha approfondito la questione perché, come anticipato, la risoluzione di questa problematica non aveva alcuna influenza sull'esito del giudizio.
Il principio, però, pur affermato *incidenter tantum*, ha una portata potenzialmente dirompente, poiché, se portato alle sue estreme conseguenze, significa che in un caso come quello in esame la Committente avrebbe l'obbligo di rispettare integralmente il complesso di regole del D.Lgs. n.163/2006, ivi comprese quelle che non ha ritenuto opportuno inserire nel bando.
In altre parole, il richiamo a forme ulteriori, rispetto a quelle minime di garanzia, sarebbe di per sé sufficiente a far perdere alla gara il carattere dell'ufficiosità, trasformandola in una procedura ad evidenza pubblica.
La questione, al di là dell'interesse teorico, ha un eminente valore pratico: la Stazione Appaltante dovrebbe far valutare l'anomalia dell'offerta secondo le regole dell'articolo 83 D.Lgs. n.163/2006? Dovrebbe nominare la commissione di gara nelle forme dell'articolo 84? Deve rispettare le tempistiche indicate dall'articolo 70 per il lasso di tempo che deve trascorre fra bando e presentazione dell'offerta? E la lista delle domande potrebbe allungarsi ancora.
Oltretutto, il T.A.R. non ha chiarito qual è il grado di formalismo che la *lex specialis* di gara deve contenere per perdere l'informalità e divenire una procedura ad

evidenza pubblica, né se le "figure sintomatiche" della volontà dell'Amministrazione di dar vita ad una gara classica siano tassative (termine di scadenza, criteri di valutazione, ecc.) e abbiano conseguenze automatiche, oppure se debbano essere valutate nella fattispecie concreta, il che aprirebbe la strada ad una non auspicabile serie di interpretazioni caso per caso.

Sugli interrogativi che precedono, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del Consiglio di Stato, pur se, come osservato in precedenza, non appare probabile che nel caso di specie della questione sia investito il supremo consesso, posto che l'apertura dei plichi in seduta riservata è rilievo idoneo a giustificare *ex se* l'annullamento della gara.