



Istituto Etico per l'Osservazione e la Promozione degli Appalti

Roma, 21 settembre 2012

Ai Soci Ordinari Collettivi IEOPA

*via e-mail*

**Oggetto: Appunto n. 11/12: "I nuovi confini del procedimento ad evidenza pubblica in esito alla statuizione dell'Ad. Plenaria n. 30/12".**

Caro Socio Ordinario Collettivo,

sembra opportuno sottoporre alla Vs. attenzione la sentenza n. 30/12 cassata dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con cui hanno trovato una pacifica soluzione le discrasie sia sul principio di segretezza delle offerte economiche da mantenere fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche, sia sul principio di conservazione degli atti giuridici; tale innovativa sentenza dispone quindi che, nel caso di riammissione di un operatore illegittimamente escluso in una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, debba necessariamente procedersi all'esame dell'offerta tecnica di tale concorrente, anche in esito alla definizione della procedura.

In buona sostanza, mentre precedentemente la conoscenza dell'offerta economica precludeva la valutazione di quella tecnica di chicchessia, in quanto la valutazione meritocratica sarebbe stata influenzata e quindi non asettica nella conoscenza dei dati matematici, oggi questo principio è ribaltato.

La ragione da cui muove l'Adunanza Plenaria del Supremo Consesso, è la seguente: la valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, posta in essere dalla medesima Commissione di gara, non viola la *par condicio* degli operatori economici partecipanti in quanto i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti; altresì, la riapertura della fase

di presentazione delle offerte comporterebbe una vera e propria alterazione della gara in quanto le nuove proposte sarebbero basate sulla conoscenza delle precedenti offerte economiche, presentate precedentemente dagli altri partecipanti alla gara. Recita l'Ad. Plenaria n. 30/12: *“Sussiste quindi in tale situazione il ben fondato rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che, pertanto, siano volte all'ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico”*.

Ne discende che:

1. il concorrente escluso tenterà di impugnare in uno al provvedimento di esclusione e contestualmente l'aggiudicazione definitiva, ben consapevole che l'esclusione, ancorché illegittima non ha effetti caducanti nei confronti dell'aggiudicazione definitiva che ha bisogno di specifica impugnativa. Infatti, converrà, fermo il rispetto della decorrenza dei termini (30 giorni dalla comunicazione dell'esclusione *ex art. 79*, comma 5, lett. b, D.Lgs. 163/06), attendere l'aggiudicazione, in modo tale da pagare una sola volta il contributo unificato pari ad euro 4.000,00;
2. la Stazione Appaltante sarà ben consapevole che, escludendo un operatore economico, non rischia in guisa della riammissione giudiziale, la caducazione *tourt court* della procedura, anche ove le offerte economiche siano state aperte.

A parere di questo Istituto, la decisione della Adunanza Plenaria lascia perplessi per le ragioni desumibili da tutti i precedenti principi giurisprudenziali di parere diametralmente opposto. Vieppiù, con violazione del principio di segretezza, si consente ad un operatore economico di “scegliere o meno” la via di giustizia, conoscendo le offerte economiche altrui e rapportandole alla propria (sempre che ciò possa avvenire nel rispetto dei termini decadenziali).

Ipotesi di soluzione:

in caso di ricorso avverso l'esclusione dell'operatore economico, attendere venti giorni prima di procedere con l'apertura delle offerte economiche della gara in corso, al fine di valutare giudizialmente l'esito del possibile ricorso presentato dall'escluso; qualora infatti quest'ultimo fosse riammesso in gara, si potrebbe procedere con la procedura *standard*, senza quindi creare possibili condizionamenti di valutazione alla Stazione Appaltante e, soprattutto, senza influenzare i concorrenti della gara i quali, a questo punto, presenterebbero un'offerta meramente imprenditoriale e congrua alle potenzialità dell'azienda offerente.

Di talché, sarebbe quindi opportuno, in caso di ricorso con domanda cautelare avverso l'esclusione, rendere paralizzata (*ope legis*) l'apertura delle offerte economiche per giorni venti, non appena la notifica dell'istanza medesima si perfezioni alla Stazione Appaltante purché, entro tale termine, siano emessi o il provvedimento cautelare di primo grado, o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, o ancora la pronuncia dei provvedimenti necessari. Si tratterebbe pertanto di estendere la norma dell'art. 10 *ter*, primo periodo, D.Lgs. 163/06 prevista in caso di impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva (con inibizione alla stipula del contratto), a prescindere dallo *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, D.Lgs. cit. parallelamente all'impugnazione avverso le esclusioni, con (pari) preclusione temporale dell'apertura delle offerte economiche e consentendo, nelle more, la prosecuzione del procedimento con la verifica *ex art. 48*, comma 1, D.Lgs. 163/06 (sorteggiando fra le offerte non escluse) e con la valutazione meritocratica in seduta segreta, sempre (chiaramente) delle non escluse.

Del che è appunto.

**IE.O.P.A.**