



Avv.

**David Morganti**Studio Legale Morganti  
Associazione Professionale

## Possibili Motivi di Impugnazione di una Gara d'Appalto per la Aggiudicazione di Servizi o Coperture Assicurative per Enti Pubblici

### La scelta del contraente

Uno dei limiti che la Pubblica Amministrazione incontra nell'addivenire alla stipulazione del contratto è quello relativo alla scelta del contraente, che non è libera come avviene per il privato, in base al principio dell'autonomia negoziale. Scopo di tale scelta è quello di offrire alla P.A. la possibilità di entrare in rapporto contrattuale con quello tra i concorrenti che, oltre a possedere i requisiti necessari di serietà e correttezza professionale, offra anche le condizioni più vantaggiose per l'adempimento dell'obbligo.

La scelta del contraente può essere condotta secondo i seguenti sistemi:

- **pubblico incanto o asta pubblica**
- **licitazione privata**
- **trattativa privata**
- **appalto concorso**

**1** L'asta pubblica o pubblici incanti, è il procedimento mediante il quale la P.A. rende noti al pubblico l'oggetto e le condizioni del contratto cui intende addivenire, raccoglie le offerte dei vari concorrenti ed accetta come contraente colui che ha fatto l'offerta migliore. Essa nella forma tradizionale consta di vari momenti: redazione e pubblicazione del bando di gara; ammissione dei concorrenti; celebrazione dell'incanto; aggiudicazione.

**2** La licitazione privata è invece una gara a concorso limitato in quanto ad essa possono partecipare solo le ditte invitate. Ha in comune con gli incanti pubblici, oltre alla predisposizione integrale del contratto da parte della P.A., il principio della concorrenza e quello della aggiudicazione al miglior offerente.

La differenza tra incanti pubblici e licitazione privata consiste nel fatto che ai primi può

concorrere chiunque abbia i requisiti richiesti e che una certa limitata selezione la P.A. può effettuare solo mediante esercizio della facoltà di esclusione; nella seconda la selezione si esplica, invece, preventivamente, mediante scelta delle ditte che possono partecipare alla gara. Tale distinzione riguarda quindi esclusivamente il modo di individuazione dei partecipanti al procedimento di gara, e non la struttura del procedimento in quanto tale, che è la medesima.

La scelta del contraente di regola avviene mediante procedimento di gara.

La gara inizia con il *bando di gara*, che secondo autorevole giurisprudenza (Cass. S. U., 10 luglio 1956 n. 2551) è assimilabile ad un invito ad offrire (e non ad un offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 cod. civ.). Con esso l'Amministrazione si vincola ad osservare, nell'espletamento della gara, determinate modalità procedurali e delimita l'oggetto e le condizioni essenziali del futuro contratto. Il bando deve indicare le principali caratteristiche del contratto (il soggetto, l'oggetto, il tipo di prestazione), il tipo di procedura che esso segue per l'aggiudicazione, i requisiti per essere ammessi alla gara, gli adempimenti necessari per l'ammissione e ovviamente i termini per la presentazione delle offerte; esso è inoltre soggetto a forme di pubblicità diffusa (fogli legali, stampa ecc.).

Nella *procedura ristretta*, in luogo del bando, l'atto di inizio del procedimento è costituito dall'invito, che ha il medesimo contenuto del bando, ma si rivolge a destinatari determinati. Si deve sottolineare che la discrezionalità di cui gode la P.A. nel fissare le condizioni di una gara d'appalto ed i requisiti da richiedersi agli aspiranti all'ammissione - in aggiunta a quelli previsti in via generale dalla normativa di settore - ancorché di ampia latitudine, deve essere esercitata in conformità con i **principi**

**di ragionevolezza, non contraddittorietà, imparzialità, correlazione delle prescrizioni al fine di interesse pubblico perseguito, ecc.; l'eventuale inosservanza di detti principi si risolve, pertanto, in un vizio di eccesso di potere delle scelte effettuate** (T.A.R. Campania, I 26 ottobre 1992, n. 288, in Foro Amm., 1993, 1637).

In buona sostanza, quindi, il bando di gara è un'atto a sè stante, autonomamente impugnabile; a conferma di ciò il Consiglio di Stato ha ritenuto che le clausole del bando concernenti i requisiti di ammissione alla gara, in quanto arrechino pregiudizio alla posizione giuridica del soggetto interessato, devono essere impuginate autonomamente, a differenza di quelle concernenti la documentazione di rito da presentare con la domanda di partecipazione, che devono esserlo congiuntamente all'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara (Cons. di Stato, VI, 18 ottobre 1993, n. 735 in foro Amm., 1993, 2122).

In tema di interpretazione delle clausole del bando la giurisprudenza ha enunciato i seguenti principi: le regole di ermeneutica utilizzabili per interpretare la portata del bando sono non tanto quelle relative agli atti amministrativi (tipicamente unilaterali ed organizzativi), quanto piuttosto quelle relative ai contratti (stante la preordinazione del bando a sollecitare le offerte ed a indicare, sia pure nelle linee generali, il contenuto del futuro rapporto convenzionale), che devono essere ricavate dalle disposizioni relative all'ermeneutica in materia contrattuale, nonché dai principi relativi all'affidamento sulle dichiarazioni negoziali e prenegoziali altrui (Cons. giust. amm. Reg. sic., 22 marzo 1993, n.112, in Il Cons. di Stato, 1993, I, 433). Pertanto, nel procedere all'interpretazione di un bando di gara occorre tenere presenti i consueti canoni ermeneutici, come quello di cercare la *ratio* della disposizione oscura, quello di preferire l'interpretazione che dia un senso alla disposizione rispetto a quello che non ne dia alcuno, quello dell'interpretazione complessiva alla luce dell'intera serie di disposizioni e, infine, a parità di ogni altro elemento, quello che attribuisce preferenza all'interpretazione che favorisce la partecipazione alla gara, piuttosto che a quella che la ostacola (Cons. di Stato, IV, 2 luglio 1985, n.

335); nell'interpretare le clausole di un bando o avviso di gara concernenti il possesso dei requisiti soggettivi per l'ammissione alla gara d'appalto, è necessario ricercare, ai sensi dell'art. 1362 cod. civ., l'effettiva intenzione dell'Amministrazione nel richiedere il requisito ivi previsto, individuando le esigenze che la clausola stessa deve, almeno tendenzialmente, soddisfare, tenendo conto che, a garanzia della *par condicio* delle imprese partecipanti alla gara, non possono attribuirsi alle clausole del bando che prescrivono i requisiti per l'ammissione, significati diversi ed ulteriori rispetto a quelli che ciascuna di esse è stata in grado di percepire usando la normale diligenza (Cons. di Stato, IV, 27 dicembre 1988, n. 1085, in Foro Amm., 1988, 3584).

### L'impugnazione del bando di gara

In materia di impugnazione del bando di gara il principio generale è quello per cui lo stesso non è immediatamente lesivo e quindi non impugnabile se non unitamente ai provvedimenti che ne fanno applicazione.

Tale regola soffre tuttavia di alcune eccezioni: innanzitutto il ricorso deve essere proposto con immediatezza nei casi in cui sono contestate clausole che impediscono la partecipazione alla gara. Lo stesso onere sussiste in presenza di clausole irragionevoli, tali da non consentire la formulazione dell'offerta, dal momento che le prescrizioni ivi previste rendono effettivamente impossibile quel calcolo di convenienza tecnico-economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare nel momento in cui valuta se partecipare o meno ad una gara pubblica.

Rientrano all'interno di quest'ultima categoria tutte quelle clausole che, producendo effetti distorsivi della concorrenza, incidono sulla sfera giuridica del soggetto che partecipa alla gara, in un momento che precede quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa (Cons. di Stato V 23 maggio n. 2990).

L'impresa partecipante ad una gara, inoltre, è tenuta ad impugnare tempestivamente, senza attendere l'atto applicativo, le clausole del bando relative ai criteri di scelta del contraente ed al "*modus procedendi*" fissato per il

funzionamento della commissione aggiudicatrice, in tutti i casi in cui ne faccia discendere in via immediata e diretta sia l'illegittimità dell'aggiudicazione ad altra impresa, sia il pregiudizio sofferto; ciò nel presupposto che l'asserita lesività di tali clausole non si manifesta per la prima volta con l'aggiudicazione, ma nel momento anteriore, in cui sono assunte le regole con le quali l'amministrazione autolimita la propria libertà di apprezzamento. Con le regole del bando di gara, infatti, l'amministrazione consuma il suo potere discrezionale e l'atto di esecuzione ha natura di atto vincolato (Cons. di Stato V 17 maggio 2000 n. 2884).

Con le decisioni sopra menzionate la giurisprudenza aggiunge ulteriori eccezioni al principio generale dell'impugnabilità differita del bando di gara: in primo luogo sono da considerare immediatamente lesive quelle clausole del bando di gara che pongono in essere criteri per la scelta del contraente che risultino illogici o irragionevoli, tali cioè da porsi come ostacolo alla formulazione dell'offerta sulla base di elementi prevedibili, e non assolutamente aleatori.

In secondo luogo, nell'eventualità che la clausola del bando appaia non conforme a legge, si ritiene che se l'illegittimità della disposizione è di immediata evidenza, non vi è alcun motivo per cui si dovrebbe attendere l'esito del procedimento.

Dietro tale modo di ragionare si nasconde un pericolo. Ritenere, infatti, che ogni volta che una clausola del bando di gara non sia conforme a legge obblighi all'impugnativa immediata del bando stesso, indipendentemente dalla considerazione dell'attualità dell'interesse che si assume leso, avrebbe come effetto quello di costringere il giudice amministrativo a sindacare non la legittimità dell'azione amministrativa, ma il suo mero svolgersi alla stregua di un principio di legalità astrattamente inteso.

Da queste brevi considerazioni discende che la possibilità di individuare un onere di impugnazione immediata del bando di gara non può sussistere solo perché le clausole del bando stesso non siano conformi a legge; occorre al contrario dimostrare l'esistenza di uno specifico interesse alla impugnazione, concreto ed attuale.

Stando così le cose, la prima questione dalla

quale conviene partire è quella relativa alla sussistenza di un interesse sostanziale e di un correlativo interesse a ricorrere in capo al privato partecipante alla gara.

Nessun dubbio sorge in ordine alla sussistenza della posizione di interesse legittimo in capo al partecipante alla gara, dal momento che quest'ultimo assume una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

La domanda che bisogna porsi, allora, è quella se la posizione differenziata di cui sopra possa essere lesa da una clausola illegittima, se sia configurabile il correlativo interesse a ricorrere contro tale lesione ed infine in che modo la lesione si attualizzi, visto che l'attualità della lesione è presupposto inderogabile del ricorso giurisdizionale.

Poiché la giurisprudenza dominante identifica l'interesse del partecipante ad una gara d'appalto con quello all'aggiudicazione, occorre verificare se quest'ultimo sia l'unico interesse ad entrare in gioco ovvero se esso sia preceduto da altro interesse, che possiamo qualificare come interesse alla corretta formulazione dell'offerta.

Al fine di analizzare i caratteri dell'interesse suddetto si deve fare riferimento al principio della concorrenzialità, il quale assume nell'ordinamento un valore giuridico autonomo, riconducibile all'art. 41 Cost. ed all'art. 81 del Trattato C.E.E.. La tutela della concorrenzialità rileva soprattutto nelle occasioni in cui essa si esprime in modo più evidente, come nell'ipotesi di una gara di appalto: in tal caso, infatti, poiché il primo obiettivo dell'impresa partecipante è quello di formulare un'offerta vincente, per ottenere tale risultato l'impresa deve seguire le regole contenute nel bando ed in particolare tutte quelle che direttamente od indirettamente influiscono sul contenuto dell'offerta da presentare.

Ne deriva che la presenza all'interno del bando di clausole illegittime costringe il partecipante a congegnare un'offerta di contenuto diverso rispetto a quello che avrebbe elaborato nell'ipotesi di regole non viziate; ciò perché nel decidere se partecipare o meno ad una gara, se inviare o meno un'offerta, le valutazioni effettuate dal concorrente sono fortemente influenzate da alcune clausole particolari del bando di gara.

Pertanto eventuali clausole illegittime hanno

l'effetto di alterare il percorso logico e quindi il connesso calcolo di convenienza economica che l'impresa segue nella formulazione dell'offerta.

L'analisi fatta consente di individuare alcuni punti fermi: in primo luogo l'impresa partecipante alla gara effettua, sulla base anche delle clausole contenute nel bando, una valutazione di convenienza relativa alla partecipazione alla gara ed al contenuto dell'offerta.

In secondo luogo, l'impresa stessa elabora l'offerta, inserendovi le condizioni che essa reputa migliori; è proprio con la formulazione dell'offerta che l'impresa manifesta la sua efficienza, la capacità di stare sul mercato, in altre parole la sua concorrenzialità.

In terzo luogo, da quanto detto, emerge chiaramente che le regole illegittime contenute nel bando hanno l'effetto di distorcere l'espressione di concorrenzialità dell'impresa efficiente, a vantaggio di quelle meno efficienti.

### **Competenza giurisdizionale e termini di impugnazione**

E' pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che il contratto della P.A., durante la fase di esecuzione, resta assoggettato alla disciplina del codice civile. Sono, pertanto, le norme di diritto civile a disciplinare l'eventuale responsabilità dei contraenti, l'inadempimento e la risoluzione del contratto, fatta salva la possibilità di inserire nel contratto apposite clausole penali per il caso di inadempimento. Le controversie vengono risolte con i normali rimedi giurisdizionali, che comportano la competenza del giudice ordinario o del giudice amministrativo a seconda che si ritengano lesi diritti soggettivi o interessi legittimi. Al riguardo, occorre ricordare che nell'iter formativo ed esecutivo dei contratti della P.A., possono distinguersi due fasi:

a) una prima fase comprendente la deliberazione a contrarre, la scelta del privato contraente e, sia pure non sempre, la stipulazione, che è disciplinata esclusivamente dal diritto amministrativo, per cui la P.A. è investita di poteri autoritativi ed i privati non vantano che posizioni di interesse legittimo; per i comportamenti illegittimi della P.A. in tale fase, sarà necessario ricorrere al giudice amministrativo (si pensi

all'illegittima esclusione di un concorrente da una gara pubblica);

b) una seconda fase relativa alla esecuzione del contratto, disciplinata quasi esclusivamente dal diritto privato; se il comportamento *contra legem* della P.A. si riscontra in questa fase, nella quale la P.A. si trova su un piano di parità col privato, la lesione concernerà un diritto soggettivo che, in quanto tale, deve essere difeso con azione davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Se non si pongono particolari questioni per quanto concerne la responsabilità contrattuale della P.A., maggiori problemi sorgono invece in materia di responsabilità pre-contrattuale. Sappiamo che tale responsabilità sorge quando, nella conduzione della trattative per la stipulazione di un contratto, siano violati i doveri di correttezza e buona fede ex artt. 1337 e 1338 cod. civ.

In passato si escludeva la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. sul presupposto che, nella fase anteriore alla conclusione del contratto, a fronte del potere discrezionale della P.A., il privato non vantasse che una aspettativa di fatto. Si sosteneva, inoltre, che la soluzione positiva avrebbe portato a riconoscere al giudice ordinario un sindacato di merito, in quanto avrebbe dovuto accertare se la P.A. si fosse comportata o meno da buon amministratore.

Contro questa tesi si è obiettato che il giudice ordinario non deve accertare se la P.A. si è comportata da buon amministratore, ma solo se si è comportata da buon contraente, il che è cosa diversa e non implica alcun sindacato di merito.

Oggi la responsabilità è ammessa senza contrasto, partendo dalla giusta considerazione che diversi sono i concetti di discrezionalità e di buona fede.

La competenza giurisdizionale in materia di contratti della P.A. ricalca, quindi, il netto sdoppiamento fra attività privata ed attività amministrativa che informa tutto il procedimento contrattuale; ne deriva, quindi, che se la controversia riguarda l'attività amministrativa, sarà competente il giudice amministrativo, se invece la controversia si riferisce all'attività privata, spetterà al giudice ordinario decidere.

Rientra, pertanto, nella competenza del giudi-

ce ordinario giudicare sull'esistenza e sulla validità del contratto, sulla sua esecuzione ed interpretazione, sull'esecuzione di patti contrattuali e su tutti i vizi di matrice privatistica. Al contrario spetta al giudice amministrativo decidere in ordine a tutti gli atti amministrativi che intervengono nel corso del procedimento formativo, dalla deliberazione all'autorizzazione, all'approvazione.

Così, ad esempio, se la P.A., in esito ad una gara, aggiudica un determinato contratto ad uno dei concorrenti, l'impugnazione del relativo provvedimento da parte di un concorrente non aggiudicatario spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto si ricollega a posizioni di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

La tesi ora esposta è quella seguita costantemente dal Consiglio di Stato, che, tuttavia, merita alcune precisazioni. In primo luogo ritengo importante rilevare che in tutti i casi in cui i vizi dell'atto amministrativo si riflettono sul contratto, dopo la sua stipulazione, rendendolo annullabile, la relativa competenza spetta, secondo parte della dottrina, al g. o., al quale dovrà rivolgersi sia la stessa P.A. sia il privato, chiedendo l'annullamento del contratto previa disapplicazione dell'atto amministrativo. Tale azione, secondo le regole generali, si prescrive in cinque anni, decorsi i quali gli eventuali vizi degli atti amministrativi diventano incontestabili anche da parte della stessa pubblica amministrazione.

Quanto alla legittimazione ad agire, poiché l'azione di annullamento è relativa, e cioè può essere proposta solo dalla parte nel cui interesse sono poste le norme violate, quando causa dell'annullamento è un vizio dell'atto amministrativo a rilevanza interna, sarà solo la P.A. a poter impugnare il contratto davanti il g.o. chiedendone l'annullamento. Nel caso in cui tali atti ledano interessi di terzi, quest'ultimi potranno ricorrere contro di essi davanti al g.a..

E' però il caso di ricordare che la materia degli appalti è stata attribuita al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, e che in tale sede il g. a. può disapplicare non solo atti normativi, ma anche atti e provvedimenti autoritativi.

Da quanto detto deriva che in presenza di un atto di gara ritenuto illegittimo, il ricorrente oltre a richiedere l'annullamento dello stes-

so, può chiedere anche il risarcimento del danno. Il ricorso deve essere notificato alla P.A. che ha emanato l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati, se sono più di uno, entro sessanta giorni dalla notifica dell'atto impugnato, ovvero, se non si tratta di atto da notificarsi individualmente, dalla pubblicazione. In ogni caso il termine decorre dalla conoscenza storica dell'atto, nel caso in cui questa sia anteriore alla notifica o alla pubblicazione.

## Breve Rassegna di Giurisprudenza

### 1 Per le autocertificazioni dei requisiti di partecipazione alle gare non è obbligatorio autenticare la sottoscrizione

Come ho già avuto occasione di ricordare in Giurisprudenza prevale l'orientamento tendente a favorire la più ampia partecipazione degli interessati ad una gara di appalto. Ne è conferma, ad esempio, la sentenza del **T.A.R. Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, 28 ottobre 1999 n. 1376** (in Guida al diritto 20 novembre 1999, n. 45, p. 102), la quale statuisce che la mancata autenticazione delle sottoscrizioni apposte in calce alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni o di atti di notorietà rese ai sensi della legge 4 gennaio 1968 n. 15 al fine di attestare il possesso dei requisiti di capacità giuridica ed economico-finanziaria necessari per partecipare a gare di appalti pubblici non può costituire valido motivo di estromissione. Si afferma, infatti, che il generale obbligo di autenticazione della firma apposta in calce alle autocertificazioni è venuto meno in seguito a quanto previsto dall'art. 2, commi 10 e 11 della legge 16 giugno 1998 n. 191, il quale permette che l'autenticazione della firma sia sostituita dall'allegazione di una copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore.

Pertanto può legittimamente ricorrere dinanzi al giudice amministrativo l'impresa esclusa dal procedimento di gara per non avere presentato tutta la documentazione richiesta dalla lettera di gara a pena di esclusione, in modo conforme alla disciplina degli artt. 4, 20, 26 L n. 15 del 1968, così come prescritto dalla stessa lettera di gara a pena di esclusione.

Infatti, interpretare la mancanza di autocerti-

ficazione come elemento sufficiente per l'esclusione dell'offerente dalla gara, determinerebbe un rigido formalismo, decisamente in contrasto con la necessità di interpretare le clausole del bando nel senso più favorevole ai destinatari e meno favorevole alle formalità inutili (Cons. di Stato VI, 22 maggio 1998 n. 80; Cons. di Stato IV, 4 marzo 1998 n. 226; T.A.R. Reggio Calabria, 11 gennaio 1997 n. 7).

D'altronde, anche a volere interpretare in modo letterale le norme richiamate dalla lettera di gara, la conseguenza non sembra essere quella di escludere l'impresa offerente, quanto piuttosto quella di invitare la stessa alla regolarizzazione della dichiarazione incompleta.

Si deve pertanto concludere che l'esclusione del concorrente dalla gara per la mancata autenticazione delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni o di atti di notorietà, costituisce valido motivo di impugnazione.

## **2 Impugnazione di una gara per l'aggiudicazione di servizi assicurativi da parte di un ente pubblico**

Prendendo poi in considerazione i possibili motivi di impugnazione di una gara d'appalto per l'aggiudicazione di servizi assicurativi da parte di un ente pubblico, la giurisprudenza più recente si è soffermata in particolare sulla violazione della legge 158/95 e sulla legittimità o meno dell'inserimento nel bando della c. d. clausola broker.

Ad esempio, al fine di individuare alcuni possibili motivi di impugnazione, ritengo interessante la **sentenza del 26 gennaio 2001, n. 112 del T.A.R. Toscana sezione II**, nonostante il giudice non entri nel merito delle singole questioni di diritto (riservato alla decisione finale della causa), ma si limiti ad ordinare alla ricorrente di procedere all'integrazione del contraddittorio. La sentenza in questione esamina il caso di una Compagnia di assicurazioni, la quale ha preso parte ad una procedura ristretta per l'appalto dei servizi assicurativi, dichiarando di accettare le clausole e condizioni contenute nel bando, con la sola eccezione della c. d. clausola broker. L'Ente appaltante, invece, dopo aver dichiarato che la gara era andata deserta a causa della presentazione di offerte irrituali ed inammissibili, comunicava di aver proce-

duto all'aggiudicazione dell'appalto a trattativa privata nei confronti di altra Compagnia, in applicazione della disposizione di cui all'art. 13 primo comma lett. a) del D.Lgs. 158/95.

### **2.1 Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12 e 13 del D Lgs. 17 marzo 1995 n. 158. Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti e del falso presupposto in fatto ed in diritto**

Un primo motivo di impugnazione è costituito dalla dedotta errata applicazione della disposizione di cui all'art. 13 del D Lgs. 158/95, la quale non prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata senza bando nell'ipotesi in cui la gara sia andata deserta, a differenza di quanto espressamente indicato nell'art. 7 del D Lgs. 157/95: l'intento del Legislatore è quello di limitare la possibilità di ricorrere alla trattativa privata senza bando alla sola ipotesi in cui nella precedente gara siano state presentate offerte, ancorché inappropriate. Pertanto la dichiarazione di gara deserta fatta dallo stesso Ente preclude la legittima esperibilità della trattativa privata, stante il carattere eccezionale di tale strumento.

### **2.2 Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta e della carenza dei presupposti**

A tale riguardo si deve osservare che la mancata accettazione della sola clausola broker non può fare ritenere l'offerta irrituale ed inammissibile, consentendo così all'Ente appaltante di ricorrere alla trattativa privata proprio sul presupposto della irritualità ed inammissibilità delle offerte presentate.

Infatti il semplice rifiuto della clausola broker assume mera rilevanza esterna rispetto all'essenza del rapporto contrattuale intercorrente tra amministrazione ed appaltatore. Si deve, pertanto, concludere che altro motivo di impugnazione può essere rinvenuto nell'infondatezza del presupposto in base al quale l'Amministrazione ritiene di procedere alla trattativa privata.

### **2.3 Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della L. 7 agosto 1990 n. 241**

Proseguendo nella disamina, lascia qualche dubbio la circostanza che l'ente ammetta alla trattativa privata una Compagnia, la quale

nel corso della procedura ristretta abbia presentato una “non offerta” dichiarando di non poter accettare le condizioni del capitolato nella loro totalità; tale ammissione si rivela illegittima oltre che illogica dal momento che la condizione essenziale posta dall’epigrafo art. 13 del D Lgs. 158/95 per il ricorso alla trattativa privata è la sostanziale persistenza delle iniziali condizioni di contratto, come *ab origine* fissate nella bandita procedura di selezione.

La circostanza poi che nella trattativa privata l’Amministrazione abbia contrattato esclusivamente con la seconda Compagnia, quella poi risultata aggiudicataria, e non con tutte le altre che hanno partecipato alla procedura ristretta, comporta un altro motivo di impugnazione. Il comportamento dell’ente, infatti, realizza una violazione del principio di *par condicio* fra i concorrenti, atteso che l’ente procedente a parità di offerte ritenute inadeguate nell’ambito della precedente procedura ristretta, avrebbe dovuto necessariamente contrattare con tutti i partecipanti alla procedura anzidetta.

La scelta dell’amministrazione di trattare con una sola Compagnia, infatti, dovrebbe essere assistita da una più che convincente motivazione, esponendosi altrimenti a legittime impugnazioni da parte delle imprese escluse.

#### 2.4 Legittimità della clausola broker.

E’ arrivato ora il momento di prendere in considerazione la clausola broker e chiedersi se l’inclusione nel bando di una tale clausola sia legittima o meno. In virtù di tale clausola l’amministrazione procedente conferisce mandato al broker per la predisposizione dei testi e delle condizioni allegate, l’assistenza, la consulenza e la gestione dei relativi contratti. Coloro che affermano l’illegittimità dell’inclusione di tale clausola nel bando di gara sostengono che poiché la funzione professionalmente rimessa al broker, secondo quanto previsto dall’art. 1 della L. 28 novembre 1984 n. 792, si sostanzia in una attività di intermediazione fra imprese assicurative ed eventuali clienti, siffatta figura sarebbe non solo estranea ma addirittura incompatibile con l’attività della pubblica amministrazione. Sarebbe conseguentemente illegittimo sia il previsto obbligo per la compagnia aggiudicataria dell’appalto di intrattenere rapporti con il

broker ipotizzato quale collaboratore sia del mandante che del mandatario, sia la previsione contenuta nelle condizioni generali alla stregua della quale tutti i rapporti inerenti alla polizza sarebbero svolti per conto del contraente dal broker.

**È opportuno affermare che tali argomentazioni sono prive di pregio giuridico.** Infatti, come ha avuto occasione di affermare una recentissima sentenza del 8 giugno 2001 n. 331 del T.A.R. dell’Emilia Romagna, sezione di Parma, oggetto dell’impresa di brokeraggio è un’attività di consulenza del cliente diretta a procurargli la migliore copertura assicurativa al minor costo; si tratta quindi di una complessa attività di consulenza e di assistenza sostanzialmente diversa da quella del mediatore.

In tale prospettiva, quindi, anche nel caso in cui sia impedito all’Amministrazione di scegliere il contraente ricorrendo alla trattativa privata, l’attività del broker è estremamente utile per la predisposizione dei capitolati di oneri e per la gestione e l’esecuzione del contratto dopo l’aggiudicazione.

Nulla pertanto impedisce a mio avviso all’Ente pubblico di avvalersi della collaborazione del broker nel pieno rispetto degli obblighi che derivano dalla sua natura di soggetto pubblico per l’attività preparatoria della gara e per l’esecuzione del contratto concluso.

#### Conclusioni

Volendo tirare le fila del nostro discorso si deve concludere che la P.A. nello scegliere il contraente con cui pervenire alla conclusione del contratto è tenuta ad osservare ben determinate disposizioni e principi di carattere normativo.

Si è infatti detto che la discrezionalità di cui gode la pubblica amministrazione nel fissare le condizioni di una gara d’appalto ed i requisiti da richiedersi agli aspiranti per l’ammissione deve essere esercitata conformemente al principio di ragionevolezza, non contraddittorietà, imparzialità, correlazione delle prescrizioni al fine di interesse pubblico perseguito, ecc..

Il bando di gara, essendo un’atto a sè stante deve essere immediatamente impugnato sia in presenza di clausole che impediscono la

partecipazione alla gara, sia in presenza di clausole irragionevoli che, rendendo impossibile quel calcolo di convenienza tecnico economica che un'impresa deve essere in grado di effettuare nel momento in cui decide se partecipare o meno ad una gara pubblica, non consentono la formulazione dell'offerta.

Inoltre con riferimento alle clausole del bando relative ai criteri per la scelta del contraente ed al *modus procedendi* fissato per il funzionamento della commissione aggiudicatrice, l'interesse a ricorrere si collega alla libertà di scelta dell'impresa, garantita dall'art. 41 Cost., e si sostanzia nell'utilità che discende dalla salvaguardia della libertà negoziale. In tali casi, la lesione della posizione di interesse dell'impresa si considera immediata, in quanto afferente alla stessa condizione di partecipante alla gara. Pertanto, l'impresa partecipante ad una gara pubblica è tenuta ad impugnare tempestivamente, senza attendere l'atto applicativo, le clausole in parola.

La competenza giurisdizionale in materia di contratti della P.A. ricalca il netto sdoppiamento fra attività privata ed attività amministrativa: se la controversia riguarda l'attività amministrativa sarà competente il giudice amministrativo, se invece la controversia si riferisce all'attività privata, spetterà al giudice ordinario decidere.

Pertanto rientra nella competenza del giudice ordinario giudicare sull'esistenza e sulla validità del contratto, sulla sua esecuzione ed interpretazione, e su tutti i vizi di matrice privatistica. Al giudice amministrativo spetterà, invece, decidere in ordine agli atti amministrativi che intervengano nel corso del procedimento formativo.

Tuttavia si deve sottolineare che poiché la materia degli appalti rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo può disapplicare non solo atti normativi, ma anche atti e provvedimenti autoritativi. Pertanto in presenza di un atto di gara illegittimo il partecipante può ricorrere al giudice amministrativo chiedendo oltre all'annullamento dell'atto anche il risarcimento del danno.