

La trasparenza nelle procedure concorsuali e nelle gare pubbliche

Transparency in competition procedures and public tenders

Giuliana Gaudio¹, Valeria Varchetta²

¹Avvocato Amministrativista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli

²Dottoressa abilitata all'esercizio della professione forense

Informazioni sull'articolo

ABSTRACT

Keywords:

Trasparenza
Concorsi
Appalti
Autovincolo
Discrezionalità

La trasparenza è uno dei principi cardine dell'azione della Pubblica Amministrazione e permea diversi campi del diritto amministrativo. Due dei principali ambiti applicativi sono rappresentati dalle procedure concorsuali e dalle gare pubbliche, che, come due facce della stessa medaglia, tendono a ricercare i soggetti più idonei ad entrare a far parte della Pubblica Amministrazione o a contrattare con essa. La trasparenza va quindi garantita sia durante lo svolgimento dei procedimenti a ciò finalizzati sia a conclusione degli stessi, in modo che ne risultino maggiormente tutelati sia i partecipanti sia il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, i presupposti e le condizioni possono essere diversi e non mancano alcuni limiti.

Keywords:

Transparency
Competitions
Tenders

Transparency is one of the cardinal principles of Public Administration action and permeates various fields of administrative law. Two of the main application areas are represented by competition procedures and public tenders, which, like two sides of the same coin, tend to seek the most suitable subjects to join the Public Administration or to negotiate with it. Transparency must therefore be guaranteed both during the conduct of the procedures aimed at this and at their conclusion, so that both the participants and the good performance and impartiality of the Public Administration are better protected. However, the assumptions and conditions may be different and there are some limitations.



Autore corrispondente:

Giuliana Gaudio

Avvocato Amministrativista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli

E-mail: giulianagaudio@live.it

PEC giulianagaudio@avvocatinapoli.legalmail.it

Sommario: 1. Introduzione. La trasparenza: tappe evolutive, fisionomia e declinazioni. – 2. La trasparenza nelle procedure concorsuali. – 2.1. Il bando di concorso. Criteri partecipativi e valutativi. – 2.1.1. Caratteristiche e sindacato giurisdizionale. – 2.1.2. Predeterminazione come autovincolo. – 2.2. Motivazione e voto numerico. – 3. La trasparenza nelle gare pubbliche. – 3.1. Il bando di gara. – 3.2. Tipicità delle cause di esclusione e soccorso istruttorio. – 3.3. Accesso agli atti nella fase di esecuzione del contratto. – 4. Conclusioni.

Summary: 1. Introduction. Transparency: evolutionary stages, physiognomy and variations. – **2.** Transparency in competition procedures. – **2.1.** The competition notice. Participatory and evaluation criteria. – **2.1.1.** Characteristics and judicial review. – **2.1.2.** Predetermination as self-constraint. – **2.2.** Motivation and numerical vote. – **3.** Transparency in public tenders. – **3.1.** The tenders notice. – **3.2.** Typicality of the causes of exclusion and instructional succour. – **3.3.** Access to documents in the contract execution phase. – **4.** Conclusions

1. INTRODUZIONE. LA TRASPARENZA: TAPPE EVOLUTIVE, FISIONOMIA E DECLINAZIONI

Il principio di trasparenza, legato a doppio filo con il principio di pubblicità, è espressamente enunciato all'art. 1 L. 241/1990 (Legge sul procedimento amministrativo, L.P.A.), come modificato solo nel 2005. Tuttavia, esso trova il proprio fondamento già nella Carta Costituzionale, all'art. 97 co. 2.

Infatti, al fine di garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, primario rilievo assume, tra gli altri, il principio di pubblicità, che – in netto contrasto con il principio di segretezza che caratterizzava precedentemente i rapporti tra P.A. e consociati – impone alla stessa di rendere visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato (cd. Casa di Vetro di Turati).

Corollario della pubblicità è senza dubbio il principio di trasparenza, il quale delinea la comprensibilità dell'azione dei soggetti pubblici sotto diversi profili, come la semplicità e la conoscibilità, in modo da consentire la conoscenza reale dell'attività amministrativa e di effettuare il controllo sulla stessa. Come è stato osservato, essa, pur non esplicitamente definita, “*dovrebbe quindi configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali, ed un obiettivo a cui tendere, direttamente legato con il valore democratico della funzione amministrativa*”¹.

In tale ottica, le sue principali espressioni sono comunemente rinvenute nei diversi istituti di partecipazione al procedimento amministrativo, nella disciplina sempre più corposa sull'accesso ai documenti amministrativi e nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti.

La concezione di trasparenza, tuttavia, ha subito alcune “mutazioni genetiche” nel tempo, parallelamente al percorso evolutivo che ha caratterizzato la disciplina sull'accesso. Dall'accesso “classico” di cui all'art. 22 L.P.A. si è passati per l'accesso “civico” di cui al D.Lgs. 33/2013, fino ad arrivare all'accesso “generalizzato” introdotto dal D.Lgs. 97/2016. In particolare, il D.Lgs. 33/2013 costituisce attuazione della delega contenuta nella L. 190/2012, la quale, su più larga scala, è caratterizzata dall'obiettivo di far assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa a misura preventiva e trasversale di lotta ai fenomeni corruttivi e all'illegalità della P.A.².

Sicché, sotto questo punto di vista, le procedure concorsuali e le gare pubbliche d'appalto costituiscono terreno fertile per analizzare – senza pretesa di esaustività – alcune delle sfumature e delle sfaccettature del principio in esame.

Come due facce della stessa medaglia, i concorsi pubblici e gli appalti tendono a consentire un funzionamento ottimale della macchina amministrativa, di talché si collegano anch'essi direttamente all'art. 97 co. 2 della Costituzione. Da un lato, le procedure concorsuali mirano al reclutamento di figure professionali da inserire all'interno della stessa P.A.; dall'altro lato, le gare pubbliche d'appalto sono dirette ad individuare soggetti esterni con cui contrarre in vista dello svolgimento di un servizio o dell'esecuzione di un'opera di interesse pubblico.

Appare allora evidente come l'individuazione dei migliori candidati passi necessariamente per il perseguimento della massima trasparenza delle procedure, sia a monte, durante lo svolgimento delle stesse, sia a valle, in fase di verifica della correttezza delle conclusioni.

2. LA TRASPARENZA NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Focalizzando preliminarmente l'attenzione sulle procedure concorsuali, il più volte citato art. 97 Cost., al co. 4, sancisce che “*agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*”.

I concorsi pubblici, quindi, la cui disciplina è dettata dal D.P.R. 487/1994, sono funzionali all'instaurazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A., come tali disciplinati dal D.Lgs. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego, T.U.P.I.).

L'art. 35 T.U.P.I., rubricato “Reclutamento del personale”, al co. 3 elenca specificamente i principi cui devono conformarsi le Pubbliche Amministrazioni nelle procedure di reclutamento, tra i quali – per quanto qui di interesse – spiccano: alla lett. a), “*l'adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento [...]*”; e alla lett. b),

¹ A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in www.giustiziacivile.com

² R. Garofoli e G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo – Parte generale e speciale*, Nel Diritto Editore, 2020.

“l'adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire”.

2.1. BANDO DI CONCORSO. CRITERI PARTECIPATIVI E VALUTATIVI

Ebbene, in primissima battuta viene in rilievo il Bando di concorso, che costituisce il primo atto di una procedura concorsuale, in cui sono resi noti l'esistenza della procedura selettiva, i requisiti di ammissione, le modalità di partecipazione, le regole della procedura e i criteri di valutazione.

2.1.1. CARATTERISTICHE E SINDACATO GIURISDIZIONALE

Lo svolgimento di una procedura corretta richiede quindi, a monte, che la P.A. delinea in maniera chiara ed intellegibile il profilo della figura professionale ricercata e plasmi il relativo bando di concorso prevedendo requisiti di accesso e criteri valutativi ragionevoli e coerenti.

Ferma restando la discrezionalità della P.A. nel fissare, all'interno della *lex specialis*, i parametri di capacità tecnica dei partecipanti ed i requisiti soggettivi specifici di partecipazione per selezionare la tipologia di lavoratore ricercato – anche in base alle relative carenze di organico – gli stessi devono rispettare i principi di ragionevolezza e proporzionalità. Cioché, è consentito il sindacato giurisdizionale sull'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto della specifica procedura, conseguendone che l'Amministrazione è certamente legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti richiedendo particolari qualificazioni, *“ma solo quando tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito”*³.

Invero, come più volte chiarito dalla giurisprudenza, *“nei concorsi pubblici, le scelte operate nel bando attraverso l'individuazione dei requisiti di partecipazione, dei titoli valutabili, delle modalità di svolgimento delle prove di esame attengono al merito dell'azione amministrativa e sfuggono, quindi, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva la loro palese arbitrarietà, illogicità, irragionevolezza ed irrazionalità”*⁴.

In merito alla scelta di richiedere come requisito di accesso, ad esempio, un limite massimo di età, rispetto alle carriere attinenti alla Pubblica Sicurezza, si discute della ragionevolezza della singola soglia di volta in volta prevista rispetto alla qualifica da rivestire. Ed in proposito è innanzitutto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ad indicare la via.

La questione appare *ictu oculi* di massima attualità se sol si consideri che la CGUE, dopo essersi pronunciata già tre volte su problematiche similari⁵, è stata di recente chiamata nuovamente ad intervenire sulla legittimità della soglia massima di 30 anni richiesta per accedere alla qualifica di Commissario della Polizia di Stato. I dati dirimenti sono comuni a tutte le sentenze citate, le quali *“si sono tutte pronunciate dopo avere preso in considerazione il mansionario della figura professionale considerata così come previsto dalle norme nazionali in materia; hanno poi preso in considerazione le concrete condizioni del servizio, in particolare il periodo di formazione eventualmente richiesto e l'età pensionabile prevista, con la correlata esigenza di garantire un congruo numero di anni di servizio attivo”*⁶.

Si tratta, dunque, di operare una comparazione tra le mansioni generalmente affidate alla figura ricercata e i requisiti richiesti per accedervi, al fine di stabilire se la scelta appaia proporzionata e ragionevole o se invece tali requisiti poco o nulla abbiano a che vedere con la professione da svolgere.

Il medesimo giudizio di ragionevolezza è poi richiesto per i criteri valutativi cui la Commissione esaminatrice deve attenersi durante lo svolgimento della procedura concorsuale e la correlativa valutazione finale che la stessa è chiamata ad esprimere.

Tali criteri valutativi, attinenti all'attribuzione ai candidati dei punteggi spettanti per i titoli da essi vantati nell'ambito del punteggio massimo stabilito dal bando, sono frutto della più ampia discrezionalità della P.A., al fine di rendere concreti ed attuali gli stessi criteri stabiliti dal bando. Così come, le valutazioni in ordine agli stessi, espresse dalla Commissione esaminatrice, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati.

Invero, la Commissione è formata da esperti del settore che sono in grado, in ragione della propria competenza, di valutare quella altrui, cosicché *“l'esercizio di tale discrezionalità [tecnica] sfugge al sindacato*

³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, sent. 1 aprile 2021, n. 3935.

⁴ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, sent. 7 febbraio 2011, n. 1133; Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 7 gennaio 2021, n. 202; Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 19 gennaio 2018, n. 352.

⁵ Grande Sezione, sent. 15 novembre 2016, causa C-258/2015, *Sorondo*; Sez. II, sent. 13 novembre 2014, causa C-416/2013 *Perez*; e Grande Sezione, sent. 12 gennaio 2010, causa C-229/2008, *Wolf*.

⁶ Cons. di Stato, Sez. IV, ord. 23 aprile 2021, n. 3272.

di legittimità del giudice amministrativo, salvo che il suo uso non sia caratterizzato da macroscopici vizi di eccesso di potere per irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o arbitrarietà oppure da errori nell'apprezzamento di dati di fatto non opinabili⁷”, laddove con l'aggettivo “macroscopici” si intende “riscontrabili ab externo e ictu oculi dalla sola lettura degli atti⁸”

Il giudice amministrativo, quindi, non è in grado e non può “sostituire una propria valutazione nuova e alternativa al giudizio formulato da una Commissione esaminatrice, poiché lo stesso è espressione di ampia discrezionalità tecnica e apprezzamento con elevato grado di opinabilità sulla preparazione del candidato⁹”; “di conseguenza, il giudizio amministrativo non è la sede per contrapporre giudizi di merito a quelli effettuati dalla Commissione d'esame, salvo il caso in cui questi ultimi siano chiaramente irragionevoli e arbitrari ovvero tali da integrare un errore o travisamento di fatto¹⁰”.

2.1.2. PREDETERMINAZIONE COME AUTOVINCOLO

Nell'ottica della trasparenza, poi, i criteri valutativi, oltre ad avere le caratteristiche appena esaminate, devono essere predeterminati dalla Commissione in attuazione di quelli di cui al bando. La *ratio* è chiara: essa deve stabilire gli specifici criteri che si impegna a seguire nel corso della procedura di valutazione dei candidati, prima che abbia il benché minimo contatto con gli stessi, in modo da evitare indebite soggettivizzazioni e garantire la *par condicio* dei concorsisti, onde scongiurare il rischio che la confezione dei criteri predetti avvenga su misura, in modo da favorire taluno dei *competitors*.

In particolare, la giurisprudenza ha dato un'interpretazione estensiva dell'art. 12 D.P.R. 487/1994, che parla di “prima riunione”, precisando che l'attività di predeterminazione può avvenire anche dopo lo svolgimento delle prove scritte, purché prima che si proceda alla loro correzione. Invero, “l'assunto [...] deve essere inquadrato nell'ottica della trasparenza dell'attività amministrativa perseguita dal legislatore, il quale pone l'accento sulla necessità della determinazione e verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti, con la conseguenza che è legittima la determinazione dei predetti criteri di valutazione delle prove concorsuali, anche dopo la loro effettuazione, purché prima della loro concreta valutazione¹¹”.

La predeterminazione è dunque un autovincolo, capace di ridurre sul piano sostanziale la discrezionalità – anche tecnica – della P.A., in modo da consentire al privato di pretenderne il rispetto ed azionare la relativa tutela giurisdizionale.

Invero, va qui brevemente ricordato che una recente sentenza del Consiglio di Stato¹² ha ammesso la sussistenza di una “riduzione progressiva della discrezionalità”, con conseguente “formazione progressiva del giudicato”, ad opera di tre fattori: a) sul piano sostanziale, degli autovincoli che la stessa P.A. si impone; b) sul piano processuale, dei meccanismi giudiziari che, sollecitando la P.A. resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono la concentrazione di tutte le attività in un unico episodio giurisdizionale; c) ed infine dell'insanabile frattura del rapporto di fiducia tra P.A. e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri.

2.2. MOTIVAZIONE E VOTO NUMERICO

Conclusa la – seppur breve – disamina degli strumenti che garantiscono la trasparenza “a monte”, il principale strumento con cui la si persegue invece “a valle” è la motivazione.

L'obbligo motivazionale è espressamente sancito dall'art. 3 L.P.A., il quale prevede che la motivazione debba indicare “i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”. Il successivo co. 3, in un'ottica di una ancor maggior democraticità e trasparenza, prescrive poi che “ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato”.

La motivazione, quindi, risponde a plurime finalità: oltre a garantire al soggetto leso le informazioni necessarie ed indispensabili nella prospettiva dell'accesso al controllo giurisdizionale ed a consentire allo stesso Giudice di svolgere un sindacato estrinseco sulla legittimità dell'atto impugnato, essa persegue la trasparenza dell'azione amministrativa, assicurando legittimazione democratica alla stessa.

⁷ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 24 marzo 2021, n. 1974.

⁸ Cons. di Stato, Sez. II, sent. 24 maggio 2021, n. 4018.

⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, sent. 07 settembre 2018, n. 5420.

¹⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 1 dicembre 2020, n. 5696.

¹¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, sent. 3 ottobre 2018, n. 9718.

¹² Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 25 febbraio 2019, n. 1321.

In altre parole, *“la motivazione di un provvedimento amministrativo è costituita dall'esplicazione delle ragioni di fatto e nella individuazione delle relative norme di diritto che ne vanno a giustificare il contenuto. In particolare, la motivazione ha lo scopo di consentire al destinatario del provvedimento la ricostruzione dell'iter logico-giuridico che ha determinato la volontà dell'Amministrazione precisata nella determinazione adottata, sicché la motivazione degli atti amministrativi costituisce uno strumento di verifica del rispetto dei limiti della discrezionalità allo scopo di far conoscere agli interessati le ragioni che impongono la restrizione delle rispettive sfere giuridiche o che ne impediscono l'ampliamento”*¹³.

Ebbene, fermo restando l'ormai generalizzato obbligo motivazionale, si può discutere circa l'ampiezza dello stesso.

In particolare, una prima questione che si è posta all'attenzione del G.A. attiene al ruolo della “motivazione” nel rapporto tra lo scorrimento di una graduatoria ancora valida ed efficace e l'indizione di un nuovo concorso.

Ed invero, pur trattandosi di strade entrambe percorribili dalla P.A. che voglia procedere all'assunzione di nuovo personale e pur essendo entrambe le scelte rispettose dei valori costituzionali, il principio di trasparenza impone che la P.A. debba motivare la propria decisione, nel rispetto altresì dei principi di efficienza e ragionevolezza dell'*agere* amministrativo.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria è giunta ad affermare che *“in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'Amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti”*¹⁴.

Più specificamente, la motivazione assume rilievo dirimente ai fini della legittimità dell'operato della P.A.: in altre parole, secondo l'Adunanza Plenaria, in presenza di graduatorie di concorso vigenti, l'indizione di una nuova procedura per il reclutamento di personale deve essere debitamente motivata.

Un'altra annosa problematica si è presentata con riguardo alla legittimità di un voto esclusivamente numerico.

Il tema è delicato, perché è evidente il pericolo che il giudice si sostituisca alla P.A., valutando egli stesso la prova concorsuale, laddove è noto che i giudizi estesi al merito sono circoscritti ad un numero ristretto e tassativo di casi. Ecco allora che il limite al sindacato del giudice è dato proprio dalla motivazione, che è luogo di culto della legalità e della trasparenza.

Inoltre, qui la trasparenza si intreccia inevitabilmente con le altrettanto importanti esigenze di efficienza e celerità dell'operato della P.A.: in concorsi che richiedono la valutazione di un numero considerevole di candidati, un obbligo di motivazione analitica renderebbe la procedura oltremodo lunga e tediosa. Va quindi operato un corretto bilanciamento di interessi, che impedisca di estremizzare la tutela dell'uno piuttosto che dell'altro valore in gioco.

Per questi motivi, in effetti, la giurisprudenza si è sempre vista generalmente concorde nell'affermazione dell'adeguatezza di una motivazione che si sostanzia nell'apposizione di un voto meramente numerico, essendosi creato, anche ad avviso della Consulta, un diritto vivente in tal senso¹⁵.

Il principio è stato poi definitivamente confermato anche dall'Adunanza Plenaria, pronunciandosi su una controversia avente ad oggetto l'Esame di abilitazione per l'esercizio della professione di Avvocato. Nella nota sentenza si legge infatti che *“il voto numerico attribuito dalle competenti commissioni alle prove o ai titoli nell'ambito di un concorso pubblico o di un esame - in mancanza di una contraria disposizione - esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della Commissione stessa, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni, quale principio di economicità amministrativa di valutazione, assicura la necessaria chiarezza e graduazione delle valutazioni compiute dalla Commissione nell'ambito del punteggio disponibile e del potere amministrativo da essa esercitato e la significatività delle espressioni numeriche del voto, sotto il profilo della sufficienza motivazionale in relazione alla prefissazione, da parte della stessa Commissione esaminatrice, di criteri di massima di valutazione che soprassedono all'attribuzione del voto, da cui desumere con evidenza, la graduazione e l'omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto, con il solo limite della contraddizione manifesta tra specifici elementi di fatto obiettivi, i criteri di massima prestabiliti e la conseguente attribuzione del voto. Inoltre, ai fini della verifica di legittimità dei verbali di correzione e dei conseguenti giudizi non occorre l'apposizione di glosse, segni grafici o indicazioni di qualsivoglia tipo sugli elaborati in relazione a eventuali errori commessi. Solo se mancano criteri di massima e precisi parametri di riferimento cui raccordare il punteggio assegnato, si può ritenere illegittima la valutazione dei titoli in forma numerica”*¹⁶.

¹³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, sent. 15 gennaio 2020, n. 471.

¹⁴ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 28 luglio 2011, n. 14.

¹⁵ Corte Cost., sent. 30 gennaio 2009, n. 20; e sent. 15 giugno 2011, n. 175.

¹⁶ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 20 settembre 2017, n. 7

Ci si ricollega dunque a quanto precedentemente esaminato rispetto alla predeterminazione, da parte della Commissione esaminatrice, dei criteri valutativi da seguire nella correzione degli elaborati. Il rispetto di tale preliminare regola e la coerenza della votazione numerica rispetto ai predetti criteri impediscono l'ingerenza del giudice nei giudizi della P.A., *“a meno che non venga prospettata con precisione e giustificazione probatoria la sussistenza delle note figure dell'illogicità, dell'irrazionalità e del radicale travisamento dei fatti”*¹⁷. Tanto è vero che, in assenza di una adeguata griglia prestabilita, la giurisprudenza di merito ritiene legittimo il voto numerico solo ove accompagnato da una valutazione analitica¹⁸.

Lo stesso è a dirsi laddove le valutazioni espresse, pur non traducendosi nell'attribuzione di un punteggio numerico, si risolvano nell'attribuzione di un giudizio, in relazione ai diversi criteri individuati, in termini di “discreto”, “buono”, “molto buono” e “ottimo”, certo sintetici, ma comunque idonei a fare emergere la valutazione espressa su ciascun candidato dalla Commissione stessa, in conformità al principio di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa¹⁹.

In altri termini, nei concorsi pubblici, la discrezionalità della Commissione nella valutazione dei profili dei candidati incontra, quale unico limite, il “collegamento” tra la motivazione ed i criteri di valutazione predeterminati dalla Commissione: le valutazioni concrete nei confronti dei singoli candidati, a garanzia di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione, devono far riferimento a criteri precisi e ampiamente predefiniti.

In altre parole, il voto numerico e/o la valutazione “sintetica” sarebbero sufficienti a motivare il giudizio della Commissione, se ed in quanto “collegata” a dettagliati e specifici criteri di valutazione, tali da consentire la ricostruzione dell'iter decisionale seguito dalla Commissione.

3. LA TRASPARENZA NELLE GARE PUBBLICHE

Il principio di trasparenza irradia anche la normativa sugli appalti pubblici, ove viene imposto *ex lege* un adeguato livello di pubblicità e, a completamento, la verifica sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione²⁰.

Esso viene preso in considerazione, ancora una volta insieme al principio di pubblicità, dall'art. 30 D.Lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), che lo richiama nel secondo periodo tra i principi applicabili specificamente alla fase di affidamento dell'appalto. Sono perciò numerose le disposizioni che, a monte della procedura, perseguono la massima trasparenza, in quanto strumentale alla realizzazione della parità di trattamento e di massima partecipazione e soprattutto in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione. Non mancano però, come si vedrà, applicazioni del suddetto principio anche nella fase di esecuzione del contratto stipulato a valle della procedura di aggiudicazione.

Ma a ben vedere, prima ancora dell'art. 30, è l'art. 29 del Codice ad essere espressamente rubricato “Principi in materia di trasparenza”. Si tratta della previsione dell'obbligo, per le Amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, di pubblicare sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione Trasparente”, tutti gli atti relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessione (compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico), alla composizione della Commissione giudicatrice e ai *curricula* dei suoi componenti, ove non considerati riservati ovvero secretati. Nella stessa Sezione, con le modalità previste dal D.Lgs. 33/2013 cit., devono essere pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. I medesimi atti, poi, devono essere pubblicati anche sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) e sulla piattaforma digitale istituita presso il sito dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC)²¹.

Di recente, il TAR ha chiarito che il regime di trasparenza di cui all'art. 29 introduce degli adempimenti che, per un verso, assicurano la produzione degli effetti legali, quali ad esempio il decorrere dei termini per la partecipazione alla gara o per l'impugnazione degli atti, mentre, per altro verso, assicurano, con la pubblicazione nell'apposita sezione Amministrazione Trasparente della Stazione Appaltante, interessi di carattere conoscitivo e di controllo diffuso, dando in tal modo attuazione a quanto prescritto dal D. Lgs. n. 33/2013 come modificato dal D. Lgs. n. 96/2017²².

¹⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, sent. 03 luglio 2018, n. 7360.

¹⁸ T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 13 agosto 2018, n. 545.

¹⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 1 dicembre 2020, n. 5696 cit.

²⁰ A. Amaolo, *Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa*, in www.altalex.com

²¹ Per una più attenta disamina della disposizione: M. Bozza, *Principi in materia di trasparenza nel Codice dei contratti pubblici*, in www.diritto.it

²² T.A.R. Sicilia, Palermo, sezione III, sent. 19 gennaio 2021, n. 217.

3.1. IL BANDO DI GARA

Il primo atto da pubblicare, con cui la P.A. indice materialmente la gara, in attuazione della delibera a contrarre, è il Bando di gara. Esso costituisce l'atto strumentale e preparatorio rispetto al successivo provvedimento di aggiudicazione, destinato invece a concludere la procedura di evidenza pubblica. Con la sua pubblicazione, dunque, la P.A. rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico.

Un primo dato da analizzare è l'avvenuta "standardizzazione" dei bandi di gara, proprio in un'ottica di maggior trasparenza, ad opera dell'art. 71 del Codice dei contratti pubblici. Si è infatti ivi previsto, che al fine di agevolare le stazioni appaltanti, omogeneizzandone le condotte, i bandi di gara devono essere redatti in conformità ai "bandi tipo" redatti dall'ANAC, salva la possibilità di motivare espressamente una deroga agli stessi nella delibera a contrarre (cd. motivazione rafforzata).

Una volta redatto il bando in conformità all'oggetto del contratto ed ai criteri di selezione stabiliti dalla delibera a contrarre, il principio di trasparenza – in combinato disposto con il doveroso rispetto della *par condicio competitorum* – impedisce, in corso di gara, qualsiasi modifica della prestazione richiesta, ove ciò comporti la modifica di elementi fissati nel bando, in base ai quali i concorrenti hanno formulato la loro offerta.

Applicando tali coordinate, sono state agevolmente risolte due questioni problematiche.

La prima atteneva all'incidenza sul bando di gara dello *ius superveniens*. Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che le procedure di affidamento di contratti pubblici sono disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando e restano, perciò, insensibili allo *ius superveniens*, giacché, diversamente opinando, sarebbero sacrificati i valori della certezza e del buon andamento, insieme alla trasparenza ed all'affidamento dei concorrenti, i quali si vedrebbero esposti – senza potervi reagire – alla maturazione di esiti imprevedibili della gara, dovuti al mutamento delle regole in corso d'opera. Conseguentemente, in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la P.A. è tenuta ad applicare rigidamente le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura a evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi alla normativa sopravvenuta, salvo l'esercizio del potere di autotutela, la cui attivazione pertiene, però, alla sfera della discrezionalità amministrativa²³.

La seconda questione concerneva invece la dubbia eterointegrabilità del contenuto del bando di gara a seguito della sua emanazione. In tema, il Consiglio di Stato ha da tempo ammesso che, nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa vigente, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c.²⁴. Tuttavia, una deroga può essere necessaria laddove risulti compromessa la trasparenza della procedura.

In particolare, in presenza di una *lex specialis* che nulla dispone quanto ad un automatismo espulsivo inserito dalla disciplina nazionale speciale, vi è chi tende a valorizzare la trasparenza procedimentale e il dovere di chiarezza espositiva, dando valore determinante al principio di tassatività delle cause di esclusione, se non riportate nei documenti di gara, evitando quindi il ricorso al meccanismo della eterointegrazione²⁵. Tale orientamento applica i principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui "il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice"²⁶.

Il principio di tipicità delle cause di esclusione dalle gare di appalto va però approfondito.

3.2. TIPICITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'art. 83 co. 8 del Codice dei contratti pubblici espressamente prevede che le cause di esclusione soggiacciono al principio di tassatività, prescrivendo che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

²³ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, sent. 13 settembre 2019, n. 2184.

²⁴ Cons. di Stato, Sez. III, sent. 13 maggio 2014, n. 2448.

²⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, sent. 22 gennaio 2021, n. 113.

²⁶ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VI, sent. 2 giugno 2016, causa C-27/15, Pippo Pizzo.

È a questo riguardo che è stato chiarito come l'eterointegrazione dei bandi di gara con obblighi imposti da norme di legge debba ritenersi ammessa solo ove l'enucleazione delle cause di esclusione sia sufficientemente chiara e conoscibile da tutti i concorrenti, dal momento che la mancanza di conoscenza o conoscibilità contrasterebbe con i principi di certezza giuridica e di massima concorrenza²⁷.

Su tale discorso si innesta poi quello concernente l'istituto del soccorso istruttorio, di cui al successivo co. 9 del medesimo art. 83 del Codice. Il legislatore ha infatti previsto che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha chiarito che tale "potere di soccorso" si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli – ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione -, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue, di talché non è consentita la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante ovvero la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali²⁸.

In altre parole, quando si parla di soccorso istruttorio si intende favorire il dialogo fra le parti, al fine di salvare l'offerta e tutelare il valore apicale della concorrenza. Tuttavia, il pendolo oscilla fra la possibilità di recupero, in un'ottica pro-concorrenziale, e la formalità del rito, in uno con l'esigenza di tutela della *par condicio competitorum*, dal momento che il soccorso istruttorio potrebbe essere usato strumentalmente per modificare la domanda.

Ebbene, in giurisprudenza sono emersi dubbi interpretativi sulla necessità per la stazione appaltante di far luogo al soccorso istruttorio a fronte della omessa esplicita indicazione nell'offerta dei costi di sicurezza, oggi prescritta dall'art. 95 co. 10 del Codice.

Le situazioni che possono porsi all'attenzione dell'interprete sono due: da un lato, l'offerente potrebbe aver completamente dimenticato di considerare tali costi nella propria domanda; dall'altro lato, gli stessi potrebbe essere stati sì calcolati, ma senza indicazione separata e specifica.

Le soluzioni sono entrambe legate alla valorizzazione, tra gli altri, del principio di trasparenza.

Invero, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁹, chiamata a pronunciarsi dalla stessa Adunanza Plenaria³⁰, ha affermato che "*i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza [...] devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata indetta documentazione*".

Un tale problema, infatti, non si pone più nel nostro ordinamento, dal momento che, con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, l'obbligo di indicazione di tali costi è espressamente previsto a pena di esclusione, discendendo chiaramente dal combinato disposto degli artt. 95 co. 10 e 83 co. 9. Ne consegue quindi l'impossibilità di ricorrere allo strumento del soccorso istruttorio, in quanto un qualsiasi offerente ragionevolmente informato o normalmente diligente è in grado di prendere conoscenza delle norme applicabili alla procedura di gara. Sicché la precedente giurisprudenza³¹, che si fondava sulla mancanza di una normativa *ad hoc*, non è più pertinente.

²⁷ Cons. di Stato, Sez. V, sent. 27 luglio 2017, n. 3699.

²⁸ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 25 febbraio 2014, n. 9.

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione IX, sent. 2 maggio 2019, causa c-309/18.

³⁰ Cons. di Stato, Ad. Pl., ord. 24 gennaio 2019, n. 1.

³¹ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 27 luglio 2016, n. 19, la quale ha stabilito che, in caso di mancata indicazione dei richiamati oneri, il soccorso istruttorio è ammesso, ma solo per le gare indette prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti. In tali casi il beneficio si giustifica in quanto nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara e univoca, prescriveva espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza. Il soccorso istruttorio era finalizzato quindi ad assicurare il rispetto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

“Tuttavia – prosegue le Corte di Giustizia - se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, gli stessi principi di trasparenza e proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Sicché, l'esclusione è imperativa anche ove l'offerente abbia considerato tali costi, ma non li abbia indicati separatamente, a meno che tale irregolarità non sia conseguenza diretta della mancata predisposizione, da parte della P.A., di un modulo a ciò riservato.

3.3. ACCESSO AGLI ATTI DI GARA NELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Ebbene, per quanto la parte più corposa della normativa in materia di trasparenza attenga alla fase di affidamento dell'appalto, come anticipato, non mancano applicazioni del principio in parola anche nella fase successiva all'aggiudicazione.

Il confronto competitivo che si svolge tra i partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica rende tanto spiccate le esigenze di trasparenza che il Codice detta una disciplina speciale per l'accesso agli atti, all'art. 53. Tali esigenze, tuttavia, vanno temperate con la tutela del fisiologico svolgersi della procedura, senza che un partecipante sveli le componenti delle altrui offerte al solo fine di modulare la propria. Ecco perché il co. 2 della medesima disposizione detta una serie di ipotesi di differimento dell'accesso. Allo stesso modo, il co. 5 elenca una serie di atti rispetto ai quali è precluso l'accesso, al fine di tutelare altrettante esigenze di riservatezza (a meno che essi non siano necessari – a determinate condizioni previste dal co. 6 – per la difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto).

Per ciò che qui interessa, l'art. 53 del Codice dei contratti pubblici rinvia, per quanto non previsto dallo stesso, alla disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. L.P.A. per l'accesso agli atti non solo “delle procedure di affidamento”, ma anche “di esecuzione dei contratti pubblici”.

Sul tema si è recentemente pronunciata l'Adunanza Plenaria³², secondo cui *“esiste una rilevanza pubblicistica anche della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del Codice civile [...] e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100 – 113-bis del D.Lgs. 50/2016) sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale”.*

Tale rilevanza pubblicistica sarebbe dimostrata da una serie di disposizioni del Codice stesso, tra cui: i controlli di legittimità sull'aggiudicatario, il cui esito positivo costituisce condizione sospensiva del contratto; le molteplici ipotesi di recesso facoltativo da parte della stazione appaltante, che configurano altrettante ipotesi di autotutela pubblicistica; nonché le specifiche ipotesi di risoluzione di natura privatistica per gravi inadempimenti.

Sicché, il soggetto che abbia partecipato alla gara e che non ne sia stato definitivamente escluso per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero la partecipazione a qualsiasi gara, vanta un interesse giuridicamente rilevante, seppur strumentale, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, che gli consente di richiedere l'accesso anche agli atti inerenti all'esecuzione del contratto.

Nella lettura della sentenza, sono palesi e ripetuti gli accenni alla centralità della trasparenza e della concorrenza, che evidentemente non può esplicarsi in un contesto amministrativo inaccessibile e appunto non trasparente. Si susseguono perciò i testuali richiami al controllo pubblico, alla pubblicità – come sviluppo della imparzialità e del buon andamento – ed all'apporto collaborativo con la Pubblica Amministrazione. Infatti, un operatore economico che s'interessa allo svolgimento dei lavori da parte dell'appaltatore collabora con la P.A., monitorando l'interesse pubblico e la corretta e professionale diligenza di chi è stato scelto grazie all'evidenza pubblica.

Ed è proprio valorizzando la trasparenza che l'Adunanza Plenaria ritiene applicabile alla materia dei contratti pubblici anche l'accesso civico generalizzato disciplinato dal D.Lgs. 33/2013, il quale, lungi dall'essere estraneo alla materia contrattuale, è invece connaturato all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica, in ossequio alla funzione della cd. “trasparenza reattiva” (di cui si è accennato in apertura). E ciò indipendentemente dalla formulazione specifica o generica dell'istanza del richiedente l'accesso.

4. CONCLUSIONI

Negli ultimi anni, si è assistito ad un proliferare di normative finalizzate ad una sempre maggior trasparenza della *res* pubblica. La partecipazione del cittadino non è solo idonea a garantire una tutela più forte dello stesso nei confronti di una P.A. rispetto a cui si trova ormai in una posizione tendenzialmente paritaria,

³² Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 2 aprile 2020, n. 10.

ma è anche centrale per il corretto svolgimento dell'azione amministrativa e per il perseguimento dei valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento. Non a caso, la L. 190/2012 ed il D.Lgs. 33/2013 dimostrano una stretta interconnessione tra trasparenza ed anticorruzione.

Proprio il perseguimento di tali finalità richiede, come si è visto, che la trasparenza sia garantita non solo a monte, durante lo svolgimento dei procedimenti amministrativi, ma anche a valle, a conclusione degli stessi, di modo che non possano residuare "zone d'ombra" dell'azione amministrativa.

Così, ad esempio, la motivazione è deputata al controllo successivo del corretto svolgimento del procedimento, ripercorrendo l'iter-logico della P.A. nella fase dell'istruttoria, a cui il privato cittadino ha eventualmente partecipato. O ancora, l'accesso agli atti rappresenta uno strumento da utilizzarsi prima, durante o dopo la conclusione del procedimento, a seconda dell'interesse che si intenda tutelare.

In definitiva, se è vero che la vocazione della P.A. è quella di essere una cd. Casa di Vetro – come pensata da Turati – non di meno, ad oggi, i vetri della Casa si presentano un po' "opachi".

Il diritto amministrativo è notoriamente caratterizzato dalla continua ricerca di un giusto ed equilibrato contemperamento di interessi; nessuna materia vi fa eccezione.

Di talché, la trasparenza, quale interesse sicuramente di primario rilievo, non può essere perseguita a tutti i costi, ma va contemperata con altri interessi altrettanto importanti.

Si sono qui analizzati due dei principali ambiti di applicazione del principio in parola, che dimostrano tale assunto.

Si è visto, ad esempio, come la necessaria efficienza e celerità dell'azione amministrativa richieda a volte di ridimensionare la trasparenza, accontentandosi di una votazione delle prove concorsuali esclusivamente numerica. O ancora, la *par condicio competitorum* ed alcune istanze di segretezza sono talvolta idonee a differire o addirittura ad escludere l'accesso agli atti di una procedura ad evidenza pubblica.

Allo stesso modo, poi, il fondamentale principio di separazione dei poteri impone al Giudice di limitarsi ad un sindacato "debole" rispetto ad alcune questioni poste alla sua attenzione, seppur involgenti il canone della trasparenza.

Sicché l'argomento non è semplice da affrontare e non possono essere utilizzate facili generalizzazioni o estremizzazioni. La parola d'ordine è "cautela". Le soluzioni vanno ricercate in relazione alle peculiarità dei singoli casi concreti ed il sacrificio di alcuni interessi è talvolta necessario per la tutela di altri.