



Le problematiche di una procedura ad evidenza pubblica

(parte prima)

I principi generali in tema di procedimento di gara; impugnabilità e natura giuridica degli atti indittivi della procedura

a cura di Francesco Armenante

1. Il principio di concorsualità e i limiti degli affidamenti in deroga.

Alla violazione dei principi sottesi alle procedure di gara, non sempre positivizzati dal legislatore, spesso si ricollegano radicali effetti invalidanti.

Si pensi al principio del *favor participationis*, cui si oppone quello della tutela della *par condicio* dei concorrenti, al principio di continuità e di pubblicità delle operazioni di gara, cui si oppone quello della segretezza delle offerte.

Sono tutti corollari della stessa natura pubblicistica della procedura di selezione dei concorrenti, che emergono in fasi temporalmente diverse.

Potrebbe sostenersi che la stessa “gara” sia un principio generale, nel senso che la pubblica amministrazione, ogni qual volta deve contrarre, non può prescindere (salvo tipizzate eccezioni) da una procedura comparativa e selettiva.

Tale assunto, di chiara matrice comunitaria, rende doveroso l’accertamento delle possibili soluzioni e proposte, mediante una loro comparazione e competizione, al fine di scegliere quella maggiormente soddisfacente dell’interesse pubblico¹.

Che la gara abbia una portata generale lo si evince da plurime disposizioni.

In primo luogo, l’art. 27 (norma di chiusura della Parte I del codice dei contratti), rubricato “principi relativi ai contratti esclusi”, sancisce che l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetti lavori, servizi e forniture, esclusi (in tutto o in parte) dall’ambito di applicazione oggettiva² del codice avviene, comunque, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, con l’obbligo di invitare almeno cinque operatori economici (se

¹ Risponde a tale *ratio*, anche il **divieto di rinnovo tacito** dei contratti, anch’esso di matrice comunitaria e recepito nel nostro ordinamento con l’art. 23 della legge n. 62/2005, sulla cui portata cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151, secondo cui tale divieto, pure se fissato dal legislatore in modo espresso con riguardo agli appalti di servizi, opere e forniture, **esprime un principio generale attuativo di un vincolo comunitario** discendente dal Trattato e, come tale, è operante per la generalità dei contratti pubblici ed estensibile anche alle concessioni di beni pubblici.

² Tale aggettivo è stato introdotto dalla legge 12 luglio 2011 n. 106 (di conversione del d. l. n. 70/2011), anche se, come autorevolmente osservato, la modifica ha una mera portata interpretativa, piuttosto che innovativa (Cons. Stato, adunanza plenaria, 1 agosto 2011, n. 16).

compatibile con l'oggetto del contratto)³.

Come di recente ribadito⁴, i principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, in base alle norme del Trattato, si devono ritenere applicabili anche in procedure non disciplinate da specifiche norme sull'evidenza pubblica⁵.

Allo stesso modo, risulta certamente ammissibile (e per certi versi auspicabile) ricorrere ad una procedura comparativa in presenza di circostanza che abilitano a procedure semplificate e derogatorie.

Così, ad esempio, anche se, per l'entità del servizio, l'amministrazione appaltante può utilizzare il regime dell'affidamento in economia, non è precluso, in ragione delle peculiarità delle prestazioni da richiedere, di ricorrere alle procedure aperte regolate dal codice dei contratti pubblici ed in particolare al sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa regolato dall'art. 83, applicando quelle regole che, comunque, gli articoli 121 e 124 impongono anche agli appalti sotto soglia comunitaria⁶.

Anche la perimetrazione del concetto di "urgenza" (quale condizione abilitante una deroga alla procedura aperta) deve interpretarsi in senso assolutamente restrittivo e deve ricondursi a circostanze oggettive e imprevedibili.

Vuol dirsi che, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c)⁷, del codice dei contratti pubblici, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria, ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti - e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili (anche per il

³ Sulla perimetrazione dei "contratti esclusi" dall'ambito di applicazione del codice, cfr. Cons. Stato, ad. pl., n. 16/2011, cit..

⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 novembre 2010, n. 33192.

⁵ E' stato ritenuto legittimo l'operato di un Ente locale che, al fine di affidare in gestione un immobile comunale, ha esperito una procedura di evidenza pubblica, anche se non ancorata alle medesime formalità in ordine alla pubblicazione del bando (Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2709).

⁶ Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2011, n. 1082.

⁷ Concernente l'ipotesi dell'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per la stazione appaltante, che risulti incompatibile con il rispetto dei termini delle altre procedure.

ritardo di attivazione dei procedimenti) - non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara⁸.

Ciò perché la procedura negoziata senza pubblicazione del bando (che si sostanzia in una vera e propria trattativa privata), rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità, tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva⁹.

L'urgenza di provvedere non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità.

Alla stregua di tale principio deve ritenersi illegittimo il ricorso al suddetto sistema ove non siano stati indicati eventi oggettivamente imprevedibili e risulti, per contro, che il ritardo sia addebitabile esclusivamente alla lentezza ed alla farraginosità dell'azione amministrativa; ad esempio, il riferimento alla ricorrenza del periodo feriale e dunque ad una minore operatività degli uffici, non costituisce fatto imprevedibile, idoneo a legittimare l'utilizzo di un sistema eccezionale di scelta del contraente.

In altre parole, la procedura negoziata senza pubblicazione di bando può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria, ai fini dell'affidamento di un appalto con la pubblica amministrazione, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara¹⁰.

La medesima *ratio* (quindi, il rispetto del medesimo principio di concorsualità) sottende il ricorso al sistema della procedura negoziata, senza previa pubblicazione del

⁸ Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006.

⁹ Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090 (concernente il collegamento sussistente tra una procedura di gara andata deserta e la procedura negoziata senza bando, di cui all'art. 56, comma 1, lett. a, del d. lgs. n. 163/2006).

¹⁰ T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 marzo 2010, n. 1597.

bando, prevista dall'art. 57, 2° comma, lett. b)¹¹, del codice dei contratti pubblici, che prevede la cosiddetta trattativa diretta con un unico operatore economico.

A tal fine, come più volte precisato¹², sono necessari i seguenti presupposti:

a) devono sussistere oggettivi motivi di natura tecnica o di protezione dei diritti esclusivi che non consentono l'apertura dell'appalto a un confronto concorrenziale¹³;

b) deve essere dimostrabile, previa apposita indagine di mercato, l'oggettiva esistenza dell'unico operatore economico potenziale, espressamente individuato¹⁴.

A conforto delle suesposte considerazioni può invocarsi l'assunto secondo cui la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto dei principi di trasparenza e *par condicio*, che informano l'attività amministrativa, anche quando decida di condurre una **gara ufficiosa**, dando corso ad una valutazione comparativa delle offerte (alla stregua del principio è stato ritenuto illegittimo l'operato della pubblica amministrazione, la quale, in una gara ufficiosa, aveva consentito solo ad una impresa la rimodulazione della

¹¹ Concernente l'ipotesi in cui, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato.

¹² T.A.R. Veneto, sez. I, 4 ottobre 2010, n. 5267.

¹³ Il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, rivestendo carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale, richiede un particolare rigore nella individuazione dei presupposti che possono legittimare il ricorso a tale procedura (Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2011, n. 2404, che ha ritenuto illegittimo il ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di cui all'art. 57, comma 2, lett. b, d. lgs. n. 163/2006, giustificato da pretese ragioni tecniche, per l'acquisto di una apparecchiatura specialistica, nel caso in cui la relativa delibera, pur evidenziando le esigenze per le quali la P.A. si era determinata all'acquisto dell'apparecchiatura, e pur precisando i requisiti tecnici minimi che dovevano caratterizzare l'apparecchiatura da acquistare, non sia stata preceduta da una effettiva indagine conoscitiva volta a verificare sul mercato la platea degli operatori in grado di fornire l'apparecchiatura richiesta).

¹⁴ In proposito occorre segnalare una recente decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 642, in base alla quale "... non è necessario che l'unicità del fornitore sia certa prima di operare la scelta di addivenire ad una procedura negoziata, essendo, invece, sufficiente che, a seguito di apposita indagine di mercato, sia risultato che, in quel dato momento storico, il prodotto considerato e il relativo fornitore siano effettivamente unici sul mercato". Con tale decisione è stata ritenuta legittima l'attività dell'amministrazione che, per la fornitura di un prodotto informatico unico, abbia fatto ricorso alla procedura negoziata nonostante che, allo scopo di individuare tale prodotto, sia stato necessario svolgere una profonda e complessa indagine comparativa e di mercato.

propria proposta, in relazione all'offerta migliorativa presentata da altra impresa, in violazione del generale principio di rispetto della *par condicio* tra concorrenti)¹⁵.

Sotto il profilo procedurale (vale sin da ora premetterlo), la pubblica amministrazione deve sempre rispettare i principi di trasparenza e di adeguata pubblicità; tali principi, come meglio specificato in seguito, impongono che sia l'apertura delle buste contenenti le offerte sia la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta debbano sempre avvenire in seduta pubblica, dal momento che tale adempimento rappresenta uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, assicurando a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto.

2. Le specifiche tecniche e la valutazione della territorialità delle imprese.

Invocando la medesima *ratio*, deve ritenersi che le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta l'impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione¹⁶.

In tale materia, le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato comunitario.

Allo stesso tempo, si è precisato che le clausole della *lex specialis*, ancorchè contenenti comminatorie di esclusione, devono essere applicate secondo il principio di ragionevolezza, tenendo conto della peculiarità, anche fattuale, del caso concreto.

Tali clausole devono essere valutate alla stregua dell'interesse che la norma

¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7526.

¹⁶ Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044.

violata è destinata a presidiare; per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, deve essere accordata preferenza al *favor participationis*, con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale¹⁷.

La *ratio* della più ampia partecipazione sottende anche le disposizioni normative e le decisioni giustiziali limitative della previsione di **specifiche tecniche o marche** nei bandi di gara, così come in tema di apprezzamenti (sia quale requisiti di partecipazione che come elemento di valutazione) della **sede territoriale** di un concorrente.

Sotto il primo dei citati profili si è ritenuta illegittima la clausola del bando di gara che prevede la fornitura di un bene di una marca espressamente specificata, senza precisare che si tratta di un prodotto “tipo” o che sono ammessi prodotti equivalenti; tale clausola, infatti, viola l’art. 68 del codice dei contratti pubblici¹⁸ che vieta l’introduzione nelle clausole dei bandi di specifiche tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o l’indicazione di un’origine o di una produzione determinata, e che costituisce, in virtù della sua finalità intrinseca di tutela dei principi della libera concorrenza e di non discriminazione, principio di generale applicazione e di diretta derivazione comunitaria; con la conseguenza che l’eventuale indicazione nel bando di marchi o prodotti deve essere necessariamente collegata a diciture o clausole del tipo “o equivalente”, che rendano manifesta la volontà dell’amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto¹⁹.

Analogamente si è avvertito che in tema di appalti di forniture, l’amministrazione può legittimamente individuare particolari caratteristiche tecniche, ma a condizione che la loro specificazione sia effettuata con riferimento ad elementi in grado di distinguere nettamente l’oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 21 dicembre 2010, n. 9320.

¹⁸ Precisamente il comma 13 del citato art. 68 sancisce che le specifiche tecniche (a meno che non siano giustificate dall’oggetto dell’appalto) non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un’origine o a una produzione specifica.

¹⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 26 ottobre 2010, n. 7069.

confronti delle imprese di settore; di conseguenza, è vietato prevedere specifiche tecniche che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la clausola di equivalenza, ammissibile quando le stazioni appaltanti non possano fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche tecniche sufficientemente precise²⁰.

Ed allora, potrebbe ipotizzarsi la specificazione di una marca o di un prodotto (dandone adeguata motivazione nella determinazione a contrattare, con riferimento a puntuali circostanze di fatto) qualora si tratti della fornitura di apparecchiature accessorie a strumentazione già in possesso della stazione appaltante o per il completamento di beni già in dotazione, ovvero conferente alla professionalità acquisita dal proprio personale.

In altri termini, negli appalti pubblici non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata o procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, a meno che tali specifiche tecniche siano giustificate dall'oggetto dell'appalto.

Come già avvertito, la tutela della concorrenza impedisce anche l'inserimento di clausole di **“premierità territoriale”**.

E' stato ritenuto legittimo il provvedimento con il quale è stata revocata una gara pubblica avente ad oggetto l'affidamento in gestione dei campi da tennis di proprietà comunale, motivato con riferimento al fatto che il bando limitava la possibilità di partecipazione alla gara alle sole associazioni dilettantistiche presenti sul territorio comunale. Se è vero, infatti, che l'individuazione dei criteri di accesso alle procedure selettive rientra di norma nella sfera discrezionale dell'amministrazione, è vero anche che la clausola che restringa il novero dei possibili concorrenti alle sole associazioni sportive aventi sede sul territorio comunale si presenta irragionevole e discriminatoria, violando i principi di imparzialità, parità di trattamento e di massima partecipazione²¹.

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443. Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2011, n. 2905, secondo cui non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata, aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, in assenza del temperamento del criterio dell'equivalenza.

²¹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2010, n. 9742.

In proposito, merita menzione anche un recente comunicato (datato 20 ottobre 2010) a firma del Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, emesso nello svolgimento dei compiti di vigilanza (contemplati nell'art. 6 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163), concernente la prassi, seguita da molte stazioni appaltanti, di inserire nei bandi clausole contemplanti condizioni di partecipazione alle gare e modalità di valutazione dell'offerta volte a riconoscere preferenza alle imprese operanti sul territorio di riferimento (es. richiesta della sede legale nel territorio quale requisito di accesso, svolgimento di servizi nel territorio stesso ai fini della valutazione dell'offerta con assegnazione di maggior punteggio).

Tale prassi è stata espressamente censurata dalla medesima Autorità (*ex multis*, deliberazione n. 45/2010), ad avviso della quale i bandi di gara non possono stabilire limitazioni di carattere territoriale, quali disposizioni in grado di favorire gli operatori economici locali e di determinare effetti discriminatori nei confronti dei concorrenti non localizzati nel territorio.

Quanto sopra, anche nel caso in cui le clausole in argomento trovino conferma in disposizioni normative regionali le quali, ove contemplanti previsioni discriminatorie nel senso indicato, devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e delle cose²².

Alla stregua di tali osservazioni, i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese.

Si è ritenuto illegittimo (poiché in contrasto con le norme e i principi comunitari) l'operato di una stazione appaltante che aveva invitato ad una gara solo organismi aventi sede legale nel territorio di competenza della stessa amministrazione²³.

Simili clausole rappresentano una violazione dei principi di uguaglianza e concorrenza, che vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*.

²² Cfr. Corte Cost., 22 dicembre 2006, n. 440.

²³ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 21 giugno 2007, n. 1683.

Detti principi trovano applicazione sia per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia per quelli di valore inferiore, stante il rinvio dell'art. 121 del d. lgs. n. 163/2006, alla parte I del medesimo decreto e, dunque, all'art. 2 sopra richiamato.

Ne consegue che la previsione di un punteggio riferito ad una sede operativa territorialmente localizzata può giustificarsi e sottrarsi al sindacato giustiziale qualora non risulti eccessivo e determinante (nell'ambito della griglia di valutazione dei fattori dell'offerta) e si giustifichi in relazione alla prestazione da rendersi (si pensi ad un servizio di assistenza software o di fornitura di pasti pronti).

3. L'interpretazione del bando e il principio del favor participationis.

Molte delle trascritte decisioni menzionano (in alcuni casi *ex professo*, in altri *per incidens*) un altro principio cardine delle procedure concorsuali, quello del "***favor participationis***", alla stregua del quale deve garantirsi la partecipazione del maggior numero di concorrenti, per la lapalissiana considerazione che l'interesse pubblico è meglio perseguito in presenza di un più elevato spettro di offerte tra cui selezionare quella migliore.

In base al criterio di interpretazione di buona fede, sancito dall'art. 1366 cod. civ., applicabile anche agli atti amministrativi, gli effetti di questi ultimi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in virtù del principio costituzionale di buon andamento, da cui discende che l'amministrazione è tenuta ad operare in modo chiaro e lineare, così da fornire ai privati regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando possano derivarne conseguenze negative²⁴.

Nel caso in cui le clausole del bando risultino **equivoche o di dubbio significato** deve preferirsi l'interpretazione che, da un lato, favorisca la massima partecipazione piuttosto che quella dalla quale derivino ostacoli, dall'altro, sia meno favorevole alle formalità inutili, ciò anche al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione²⁵.

Tale principio, di chiara matrice comunitaria, incide anche sotto l'aspetto

²⁴ Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7966.

²⁵ Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2010, n. 8946.

ermeneutico, ovvero sulla stessa attività di interpretazione delle singole clausole del “regolamento” di gara.

Cosicché, le prescrizioni del bando, ove risultino equivoche e diano adito a dubbi interpretativi, vanno interpretate nel senso di favorire la più ampia partecipazione realizzando, così, il preminente interesse pubblico²⁶.

Ad esempio, si è sancito che costituisce principio generale quello che afferma l’equipollenza della spedizione postale alla presentazione diretta; tale principio è inteso a sollevare il privato dal rischio di disfunzioni del servizio postale ed a consentirgli l’integrale disponibilità del termine. Pertanto, in mancanza di una regola diversa fissata nella *lex specialis* di una procedura ad evidenza pubblica, il termine finale per la presentazione della domanda del privato alla pubblica amministrazione deve considerarsi osservato ove tale domanda sia inoltrata in tempo utile a mezzo raccomandata, rilevando la data di spedizione e non quella di ricezione da parte della destinataria²⁷.

Ambiguità che non sussiste in caso di contrasto tra bando e capitolato. Ciò in quanto il bando di gara ed il capitolato speciale assolvono a differenti funzioni: il primo regola, principalmente, il procedimento, il secondo le complessive condizioni del futuro rapporto contrattuale²⁸, alla stregua della strutturazione bifasica dell’attività contrattuale della pubblica amministrazione, di cui si è già fatto cenno.

Le clausole del bando, vincolanti per l’amministrazione e precipuamente per i concorrenti e la commissione di gara, intanto possono essere considerate ambigue, in

²⁶ Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1247, in cui si ribadisce che le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l’ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all’ammissione degli aspiranti, corrispondendo all’interesse pubblico assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un’aggiudicazione alle condizioni migliori possibili.

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2010, n. 6678.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6286, secondo cui non può considerarsi ambigua una clausola del bando di per sé chiara, soltanto perché in apparente contrasto con una disposizione contenuta nel capitolato speciale, che non ha funzione di disciplinare il procedimento, ma quella di chiarire quale debba essere il contenuto dell’«offerta»; ove si verifichi una siffatta ipotesi, deve attribuirsi prevalenza al bando, con conseguenziale esclusione dell’offerta che violi la regola stabilita a pena di esclusione.

quanto siano idonee ad indurre in errore i concorrenti, per il loro contenuto letterale e nel confronto con altre prescrizioni contenute nello stesso bando.

Sempre in applicazione del principio del *favor participationis*, è possibile ammettere alla selezione anche proposte in parte difformi dalle prescrizioni del bando, ogni qualvolta, in assenza di una sanzione espressa di esclusione, possa ritenersi che il fine sia stato comunque perseguito (c.d. *criterio teleologico*), ovvero che si sia in presenza di una formalità inutile.

Conformemente si è deciso che, nel caso in cui la *lex specialis* di una gara prescriva che l'importo dell'offerta debba essere indicato sia in cifre che in lettere, senza prevedere alcuna comminatoria nel caso di inosservanza, non può essere disposta l'esclusione di una ditta che, nella propria offerta, abbia indicato l'importo solo in cifre e non anche in lettere, ove i valori indicati nell'offerta siano perfettamente chiari e non sorga alcuna incertezza al riguardo²⁹.

Proprio in applicazione del principio quivi divisato è stata ritenuta illegittima l'esclusione, motivata per la mancata ottemperanza alle modalità di presentazione dell'offerta fissate nel bando, ove manchi una specifica clausola espulsiva³⁰.

Ancora, si è ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta stessa abbia formulato la propria offerta in conformità al modulo espressamente approntato dalla pubblica amministrazione e in parziale difformità rispetto al disciplinare; infatti, i principi del *favor participationis* e di tutela dell'affidamento ostano all'esclusione dalla gara di una impresa che abbia formulato l'offerta in conformità al modulo approntato dalla stazione appaltante, visto che eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare possono costituire oggetto di richiesta di integrazione³¹.

La messa a disposizione dei partecipanti ad una gara di moduli mediante i quali essi possono formulare domande ed autocertificazioni è adempimento che sottende la finalità di agevolare la partecipazione alle gare, avvantaggiando i concorrenti e non può

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2005, n. 778.

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2122.

³¹ Cons. Stato, sez. V, ordinanza 24 novembre 2010, n. 5388; id., 5 luglio 2011, n. 4029.

pertanto risolversi in loro danno. In particolare, deve ritenersi che eventuali condizioni aggiuntive inserite nel modello di domanda di partecipazione non possono assumere valenza integrativa rispetto alle prescrizioni del bando, atteso che, da un lato, l'art. 73, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006, stabilisce che la presentazione di moduli e di formulari predisposti dalla stazione appaltante a beneficio dei concorrenti, "non può essere imposta a pena di esclusione", e, dall'altro, che il modulo predisposto non soggiace alle forme di pubblicità obbligatoria prescritte invece per il bando di gara, conseguendone che l'invocata efficacia integrativa della disposizione della *lex specialis* infrange il principio dell'affidamento³².

Alla logica della più ampia partecipazione risponde l'interpretazione restrittiva che si registra in tema di presunto **collegamento sostanziale** tra le imprese (come previsto dal novellato art. 38 del codice dei contratti, già citato).

Ai fini di escludere due o più imprese da una gara di appalto per la sussistenza tra loro di un collegamento sostanziale, sono da ritenere insufficienti eventuali comunanze a livello strutturale tra le imprese, essendo necessario verificare se tale comunanza abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale. Agli stessi fini, la sola somiglianza della veste formale delle offerte non dimostra l'identità del centro decisionale, che invece postula una somiglianza del contenuto sostanziale delle offerte o una loro differenza studiata per turbare la gara³³.

Allo stesso modo, si è detto che non è irrazionale né illogica l'esclusione di due imprese partecipanti alla medesima gara, disposta per l'asserita sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra di esse, desunto dai seguenti elementi: a) una impresa operava con l'altra impresa in unico locale, in condizioni che evidentemente non consentono alcuna riservatezza e con l'effetto altamente probabile, della reciproca

³² T.A.R. Toscana, sez. I, 3 febbraio 2010, n. 184.

³³ Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3637. La posizione assunta da tale decisione (che impone sempre e comunque un'analisi del concreto contenuto delle offerte) non è stata ritenuta pienamente condivisibile da altra sezione del medesimo Cons. Stato (*id est*: sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 673), in cui si fornisce una dettagliata ricostruzione degli adempimenti e degli accertamenti (definiti: "progressivi") che si impongono alla stazione appaltante, al fine di verificare la sussistenza di ipotesi di collegamento sostanziale tra le imprese.

conoscenza delle condizioni dell'offerta, tale da alterare assai gravemente l'equilibrio delle proposte contrattuali a vantaggio delle imprese allocate nella medesima sede; b) era stato indicato un numero telefonico e di fax di riferimento per le comunicazioni identico per le due imprese concorrenti; c) erano state prodotte polizze fideiussorie stipulate con identico soggetto e con numerazione in gran parte progressiva; d) sussistevano dei vincoli parentali tra amministratori e rappresentanti delle due società³⁴.

La necessità di un idoneo contemperamento tra contrapposti interessi sottende anche la scelta della soluzione da perseguire nel caso in cui il **plico** non sia **integro**³⁵.

La giurisprudenza ha affermato, in passato, che, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, occorre che il plico giunga alla stazione appaltante con la sigillatura operata dal concorrente del tutto integra, per cui non rileva che gli eventi di alterazione della sigillatura siano successivi alla consegna del plico all'ufficio postale o all'agenzia autorizzata³⁶.

La previsione del bando di gara che impone la presentazione da parte dei concorrenti di plico e buste sigillati e controfirmati sui lembi di chiusura risponde alla *ratio* di garantire, oltre ogni ragionevole dubbio o interpretazione discrezionale, la genuinità e paternità della domanda di partecipazione e della documentazione a questa allegata, la quale può essere assicurata solo se la sigillatura sia tale da impedire che il plico possa essere aperto senza che ne resti traccia visibile e possa essere anche solo teoricamente manomesso.

Ne consegue che la chiusura tramite sigillatura di un plico deve comunque consistere in una modalità di chiusura ermetica, tale da assicurare l'integrità del plico ed impedirne l'apertura senza lasciare manomissioni o segni apprezzabili, al fine di assicurare il raggiungimento delle finalità per cui tale adempimento è richiesto.

Tale essendo la *ratio*, l'onere di sigillatura delle buste può ritenersi assolto anche

³⁴ Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2010, n. 690. Tali elementi, infatti, concorrono nel rappresentare l'unicità del centro decisionale o di imputazione o, quanto meno, un sostanziale collegamento di fatto (oltre che per vincoli di parentela) tra gli esponenti delle due imprese.

³⁵ La doverosità dell'esclusione in caso di plico non integro è prevista espressamente dal comma 1 *bis* dell'art. 46, come introdotto dall'art. 4, della l. n. 106/2011.

³⁶ Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 40.

con modalità non perfettamente rispondenti alle prescrizioni del bando, purché idonee ad assicurare l'integrità del plico nonché la paternità dello stesso; la formalità della sigillatura, ove prescritta del bando di gara, è infatti finalisticamente rivolta a garantire la segretezza, l'identità, la provenienza ed immodificabilità dell'offerta e della documentazione e deve consistere in un adempimento idoneo ad impedire l'apertura della busta a meno di non manometterne visibilmente la chiusura³⁷.

Secondo l'orientamento tradizionale, la mera circostanza che il plico sia pervenuto aperto alla Commissione implica l'esclusione, indipendentemente dal soggetto cui sia addebitabile l'erronea apertura, stante l'esigenza di assicurare la garanzia dei principi di *par condicio* e di segretezza delle offerte³⁸. Per cui è irrilevante che all'avvenuta lacerazione del plico ponga rimedio il trasportatore con la sua successiva spillatura, data la soluzione nella continuità della segretezza dell'offerta fra momento in cui è uscita dalla sfera dell'offerente ed il momento in cui è giunta nella disponibilità della pubblica amministrazione³⁹.

Tale rigore è senz'altro giustificato qualora il plico contenente le offerte pervenga alla commissione praticamente aperto o in modo tale da non assicurare che l'apertura del plico sia effettuata dalla commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara.

Di converso, è ammissibile l'offerta il cui plico esterno sia pervenuto lacerato, nel caso in cui tale lacerazione non sia di entità tale da consentire l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo. In tal caso, la lacerazione non compromette il principio di segretezza delle offerte nelle gare d'appalto, con conseguenziale applicazione del criterio di massima

³⁷ Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2011, n. 1553. In tale decisione si è precisato che nel caso in cui la *lex specialis* della gara prescriva, a pena di esclusione, che il plico contenente l'offerta deve pervenire "sigillato" e controfirmato sui lembi, va esclusa dalla gara una offerta che è stata inserita in una busta solo parzialmente chiusa anche se controfirmata sui lembi, non risultando assolto il richiesto obbligo di apporre sulla busta una chiusura ermetica, incompatibile essendo la valenza da attribuirsi all'ermeticità della chiusura con una parziale apertura del plico.

³⁸ T.A.R. Veneto, sez. I, 19 luglio 2005, n. 2867.

³⁹ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 13 marzo 2007, n. 810.

partecipazione⁴⁰.

4. La tutela della *par condicio* e la vincolatività delle ipotesi di esclusione.

In sede di interpretazione del bando, il **criterio letterale** risulta prevalente in presenza di clausole chiare della *lex specialis* la cui violazione venga, oltretutto chiaramente (e non con una mera clausola di stile), sanzionata con l'espulsione.

Il citato *favor participationis* ed il c.d. dovere di soccorso recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede un adempimento a pena di esclusione, prevalendo in tal caso il diritto alla parità di trattamento⁴¹.

In sintesi, nell'interpretazione delle clausole di un bando deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esso contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare pretesi significati idonei ad ingenerare incertezze nell'applicazione⁴².

Tale rigore interpretativo è posto a tutela della *par condicio* dei concorrenti.

Com'è stato ripetutamente sottolineato, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti; d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2010, n. 3179.

⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2009, n. 5171; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1247, che ribadisce l'inapplicabilità del principio del *favor participationis* nel caso in cui le clausole del bando non possano ritenersi ambigue.

⁴² Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1080, secondo cui va disposta l'esclusione dalla gara di una ditta che ha prestato una cauzione provvisoria d'importo inferiore a quello previsto dal bando a pena di esclusione, non essendo consentito (in tale ipotesi) alla stazione appaltante formulare una richiesta di integrazione della documentazione, ove l'adempimento sia univocamente previsto dal bando con espressa comminatoria di esclusione.

Solo nel varco aperto da un'equivoca formulazione del bando può assentirsi un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti.

Pertanto, la stazione appaltante è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata, per avere emanato il bando, sulla convinzione della idoneità delle stesse prescrizioni a perseguire la finalità della migliore scelta possibile del contraente in relazione all'oggetto dell'appalto⁴³.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, le prescrizioni contenute nella *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando⁴⁴.

Proprio con riferimento al "formalismo" si è ripetutamente chiarito che in ordine a eventuali lacune riscontrate nella domanda di partecipazione a gara o nella allegata documentazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "*lex specialis*" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che proprio il formalismo caratterizza la disciplina delle procedure di gara, rispondendo esso, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti⁴⁵.

In altri termini, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente,

⁴³ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349; id., 21 giugno 2006, n. 3703.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2010, n. 1513, secondo cui, qualora il bando commini l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento e l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva o ancora sulla congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435; id., 5 settembre 2007, n. 4644.

tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati⁴⁶.

Ad esempio, nel caso in cui il bando preveda, a pena di esclusione, la chiusura delle buste con controfirme e ceralacca “su tutti i lembi delle buste”, è legittima l’esclusione di una ditta che abbia presentato la propria offerta priva di firme sui lembi laterali della busta contenente l’offerta⁴⁷.

Non deve trattarsi di un inutile ed eccessivo formalismo, essendo comunque necessario che le formalità richieste dal bando a pena di esclusione rispondano al comune canone di ragionevolezza e siano dirette ad assicurare un particolare interesse dell’amministrazione⁴⁸.

Ne consegue che la partecipazione ad una gara pubblica non può essere condizionata alla preventiva rinuncia, da parte dei concorrenti, ad ogni forma di tutela giurisdizionale sulle clausole del disciplinare, per cui, se, da una parte, la dichiarazione di accettazione senza condizioni e riserve delle disposizioni contenute nel disciplinare ha sicuramente l’effetto di vincolare il concorrente all’osservanza delle clausole che regolamentano lo svolgimento della gara, dall’altra, non può tuttavia estendere i propri effetti sino a rendere impossibile la tutela giurisdizionale avverso le stesse clausole del disciplinare, effetto che, peraltro, si porrebbe in contrasto con l’art. 24 Cost.⁴⁹.

Alla stregua di tali argomentazioni, risulterebbe illegittima l’esclusione di una ditta motivata con riferimento al fatto che la ditta stessa, diversamente da quanto

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1700.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7219. Detta previsione della *lex specialis* non è stata ritenuta illogica né sproporzionata, mirando a garantire in astratto ogni rischio di compromissione dei plichi contenenti le offerte e stabilendo modalità di chiusura delle buste facilmente rispettabili.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5289. Recentemente, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245, ha precisato che ai fini di determinare se alcuni adempimenti previsti dalla *lex specialis* della gara determinino o meno legittimamente l’esclusione, costituisce metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile il canone dell’“utilità” delle clausole e della necessità di evitare inutili appesantimenti, al fine di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della *par condicio*.

⁴⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1 dicembre 2010, n. 34864.

richiesto da apposita clausola del bando, a pena di esclusione, abbia omesso di inserire nella busta contenente la documentazione le copie del disciplinare e del capitolato speciale d'appalto siglate in ogni pagina e sottoscritte, con firma leggibile e per esteso, in segno di totale accettazione del legale rappresentante dell'offerente, nel caso in cui il medesimo concorrente produca una dichiarazione, pure richiesta dalla medesima *lex specialis*, di accettare, senza condizione e riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando, nel disciplinare e nel capitolato speciale d'appalto; in tal caso, infatti, la clausola che impone la sottoscrizione del disciplinare e del capitolato costituisce una inutile duplicazione e, quindi, un aggravio ingiustificato del procedimento, atteso che mira, nella sostanza, alla stessa finalità, per cui, in presenza di una inutile doppia prescrizione, deve ritenersi illegittima la complessiva previsione della *lex specialis* che persegue una medesima finalità con due adempimenti diversi.

E', ancora, illegittima, per violazione degli artt. 73, c. 4, e 74, c. 3 del codice dei contratti (che vietano alle stazioni appaltanti l'imposizione ai concorrenti di modelli per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte), la clausola di un bando per l'affidamento di un appalto, che prevede, a pena di esclusione, l'obbligo per i concorrenti di presentare la documentazione amministrativa e l'offerta utilizzando i moduli predisposti dall'amministrazione ed il divieto della compilazione digitale degli schemi; detta clausola, infatti, è stata ritenuta illegittima, non solo perché contraria a norme imperative, ma anche perché assolutamente irragionevole e non corrispondente ad alcun apprezzabile e/o comprensibile interesse dell'amministrazione⁵⁰.

Allo stesso modo, non sarebbe idoneamente motivata l'esclusione di un'impresa, per preteso difetto della necessaria regolarità contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.)⁵¹, nel caso in cui risulti che la stessa abbia tempestivamente regolarizzato la propria posizione contributiva, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte⁵². Con la precisazione che tale requisito,

⁵⁰ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 marzo 2011, n. 159.

⁵¹ Sulla configurabilità di una grave irregolarità contributiva, si rinvia alle novità introdotte dalla legge n. 106/2011.

⁵² Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8065. In ordine ai poteri della stazione appaltante di valutare le risultanze del d.u.r.c., cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2011, n.

costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente, non valendo, in tal caso, la regolarizzazione postuma e né rilevando la regola della validità trimestrale del d.u.r.c.⁵³.

Valga ribadirlo.

La stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole relative ai requisiti di partecipazione, ovvero le cause di esclusione dalla gara; ciò in quanto, solo la puntuale osservanza delle prescrizioni del bando o della lettera di invito, ancorché le stesse siano ulteriori rispetto a quelle previste dalle leggi di settore, ma pur sempre ricollegabili in via diretta all'interesse pubblico da perseguire, è idonea a consentire l'uniformità di regole nei confronti di tutti i partecipanti alle gare per la stipula dei contratti con la pubblica amministrazione.

Alcune ragioni di esclusione prescindono da un'espressa previsione del bando.

E' il caso di un'offerta priva di sottoscrizione, strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento e serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in essa contenuta; la sottoscrizione, inoltre, assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta, costituendo elemento essenziale per la sua ammissibilità,

104; id., sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789; id., sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228; id., sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2100, in cui l'irregolarità è stata ravvisata tenendo conto dei parametri sanciti dall'art. 8, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale (che individua come cause non ostative al rilascio del documento di regolarità contributiva uno scostamento di €100,00 rispetto al dovuto o non superiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate).

⁵³ Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2283, in cui si precisa che l'impresa deve conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura.

sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale⁵⁴; in mancanza, quindi, l'effetto espulsivo (anche in assenza di espressa previsione del bando) risulta doveroso⁵⁵.

5. La natura giuridica del bando tra disapplicazione e impugnabilità.

L'atto di abbrivio (l'atto-fonte) di una procedura concorsuale è rappresentato dalla *lex specialis* della gara, ovvero dal bando (avviso, lettera di invito⁵⁶ *et similia*).

Propedeuticamente, deve precisarsi che la qualificazione del bando come *lex specialis* non incide sulla natura di tale atto.

Il **bando è** (e resta) **un atto amministrativo generale**⁵⁷, che detta le regole della procedura, ma che non assume il "rango" di fonte del diritto.

Non si è in presenza di una legge speciale o di un atto ad essa equiparato; cosicché non è ad esso riconducibile un effetto derogatorio della disciplina normativa.

In caso di contrasto con norme giuridiche, il bando è da ritenersi viziato (poiché *contra legem*), quindi annullabile.

Come detto, le disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara non vincolano soltanto i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, che non può sottrarsi alla loro puntuale applicazione, salva la facoltà di annullare o ritirare il bando nell'esercizio del potere di autotutela.

Anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione non sia obbligata ad applicare una particolare normativa, una volta che si è determinata a richiamarla, indicandola espressamente nella *lex specialis*, si è autolimitata in tal senso e non può sciogliersi da

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 528, secondo cui la mancanza di sottoscrizione inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, un'espressa previsione della legge di gara (con tale decisione è stata ritenuta irrilevante, al fine di sanare la mancata sottoscrizione dell'offerta, l'apposizione della firma sui lembi di chiusura della busta che la conteneva).

⁵⁵ Tale ragione di esclusione è ora prevista legislativamente dal comma 1 *bis* dell'art. 46, introdotto dalla legge n. 106/2011.

⁵⁶ Secondo il Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4278, nel caso di contrasto tra il bando e la lettera di invito prevale il primo, quale *lex specialis* della selezione concorsuale, non modificabile mediante lettera di invito.

⁵⁷ Quale atto generale, rivolto ad un numero imprecisato di destinatari, il bando si sottrae all'obbligo di motivazione (così Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809).

tale vincolo (salvo, si ripete, l'annullamento od il ritiro del bando)⁵⁸.

Corollario delle suesposte considerazioni è un ulteriore assunto.

Quale atto amministrativo, anche in caso di accertata illegittimità per contrasto con norme nazionali e comunitarie, **il bando non può essere “disapplicato”**; conseguentemente, ove nel corso di una procedura, la commissione (o il preposto alla gara) ritenga che una clausola del bando è (o sarebbe) viziata, non può non tenerne conto, salvo il potere di autotutela che compete (in base al principio del *contrarius actus*, come recepito dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/90) all'organo che ha emanato il bando.

Conforme è la posizione del giudice amministrativo.

Si è detto che, in sede di gara, la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata⁵⁹ nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela⁶⁰.

Anche nel caso in cui il bando faccia rinvio ad una disposizione di legge “e successive modificazioni”, il rinvio alla normativa sopravvenuta, insito nella formula “e successive modificazioni” non può essere inteso in senso dinamico, ritenendo automaticamente recepita, in sede di bando di gara, qualunque modificazione

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 810; pertanto, una volta fissato espressamente il principio che l'appalto sarà aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'articolo 83 del d. lgs. n. 163/2006, l'amministrazione non può sottrarsi alle conseguenze che derivano dall'applicazione di quest'ultima disposizione, invocando che la disposizione stessa non era applicabile alla gara.

⁵⁹ Cons. Stato, ad. pl., 26 marzo 2003, n. 4; id., sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3955, in cui si ribadisce che il bando è un atto generale e non un atto a valenza normativa, come invece i regolamenti, per i quali è invocabile, in quanto tali, il principio della disapplicazione.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, in cui si precisa che la stazione appaltante è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo è *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori. In tali procedure, infatti, vale il principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti, per cui le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando, ossia al momento dell'indizione della relativa procedura.

successiva⁶¹.

In tale contesto assume rilievo la problematica della configurabilità dell'onere, in capo ai (potenziali) concorrenti, dell'immediata impugnazione del bando ritenuto illegittimo e lesivo⁶².

In via generale, l'onere di impugnare tempestivamente gli atti di gara, ad eccezione dell'esclusione e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione, sorge solo a seguito del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Vuol dirsi che, nel caso di clausole del bando di gara che non risultino *ex se* immediatamente lesive, la loro impugnazione va postergata al momento dell'adozione dell'atto conclusivo del procedimento di gara; solo in quel momento, infatti, le suddette clausole determineranno una lesione effettiva ed attuale della situazione giuridica (si pensi alle clausole che non specificano in maniera analitica i criteri di valutazione delle offerte)⁶³.

Non sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando quando si intenda contestare le clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione alla procedura, tra cui le modalità di presentazione delle domande di partecipazione, atteso che tali clausole non sono assimilabili a quelle che, definendo requisiti soggettivi di partecipazione, sono invece immediatamente impugnabili.

Le prime, infatti, possono richiedere accertamenti e valutazioni (dall'esito non scontato) con riferimento al loro effettivo rispetto, alla possibilità di adempimenti equivalenti ed alla loro concreta incidenza; sicchè la loro attuale lesività si manifesta in linea di principio solo al momento della loro concreta applicazione.

Invece, nel caso in cui la *lex specialis* preveda dei requisiti soggettivi di ammissione tali da precludere in modo sicuro l'utile partecipazione di determinate categorie di soggetti, la relativa clausola deve essere immediatamente impugnata

⁶¹ T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 29 gennaio 2007, n. 616.

⁶² Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7459.

⁶³ Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2011, n. 177, secondo cui l'illegittimità delle clausole di un bando può essere ordinariamente fatta valere soltanto all'esito della procedura, salvo che si tratti delle clausole a valenza c.d. escludente e cioè che, per il loro contenuto ostativo, impediscono *ex ante* la partecipazione.

dall'impresa che sia priva di siffatti requisiti, in quanto, per tale profilo, il bando è immediatamente lesivo⁶⁴.

L'impugnazione del bando può essere differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione anche quando la clausola del bando sia ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni; anche in tale ipotesi, il bando deve comunque essere impugnato, seppure congiuntamente al provvedimento di esclusione, in quanto la lesione sopportata dal concorrente escluso deriva dal bando di gara, rispetto al quale l'esclusione si pone come atto esecutivo e il pregiudizio si attualizza proprio al momento dell'esclusione.

In linea generale, l'impugnazione immediata delle clausole del bando di gara è ammissibile solo in presenza di due inderogabili e concorrenti condizioni:

a) che l'impresa interessata abbia presentato una rituale domanda di partecipazione alla gara;

b) che le clausole contestate definiscano in modo puntuale i requisiti soggettivi di partecipazione, impedendo, in modo assoluto, la presenza di determinati soggetti⁶⁵.

Anche su tale problematica si registra una copiosa giurisprudenza.

Si è ritenuto che non sono soggette all'onere di immediata impugnazione le disposizioni della *lex specialis* che non contengono la menzione della data, dell'ora e del luogo della gara, atteso che tali disposizioni esprimono la loro attitudine lesiva solo a seguito del materiale svolgimento delle operazioni di gara; tali clausole, pertanto, vanno impugunate solo in uno con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione ad altra impresa o del provvedimento che determini un arresto procedimentale ai danni dell'impresa ricorrente, ossia dell'esclusione dalla gara⁶⁶.

E' stata ritenuta ammissibile l'impugnazione del bando di gara anche nel caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, laddove si è censurato che il tempo previsto per la compilazione del progetto esecutivo e di altri documenti attinenti l'offerta tecnica era tanto breve da non rendere effettivamente

⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6544.

⁶⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 30 marzo 2010, n. 5073.

⁶⁶ T.A.R. Toscana, sez. I, 3 febbraio 2010, n. 184.

possibile presentare l'offerta.

Sempre sotto il profilo della legittimazione, si registra un recente intervento giurisprudenziale (da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) in tema di legittimazione all'impugnazione degli atti di gara.

In particolare, si è precisato che la legittimazione del soggetto che impugna la decisione di indire una gara è ammessa nei soli casi in cui questi dimostri, comunque, una adeguata posizione differenziata, costituita, per esempio, dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato. La legittimazione più ampia riguardante la contestazione degli affidamenti diretti si spiega agevolmente alla luce del giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza. Al di fuori delle ipotesi tassativamente enucleate dalla giurisprudenza, pertanto, deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela⁶⁷.

In altri termini, la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente ad attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

Rinviano alle norme del codice di rito (*id est*: d. lgs. n. 104/2010), relativamente al termine dimidiato di impugnazione (ammessa, in *subiecta materia*, esclusivamente innanzi al TAR con l'espressa esclusione del rimedio straordinario al Presidente della

⁶⁷ In termini, Cons. Stato, adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4.

Repubblica) e alle modalità di presentazione del gravame, preme, in tale sede, evidenziare che una comunicazione di esclusione effettuata dalla stazione appaltante ad una impresa, trasmessa a mezzo *fax*, è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione, nel caso in cui l'uso del *fax* sia sostanzialmente previsto dalla *lex specialis* di gara e l'impresa destinataria della comunicazione abbia di fatto accettato le precedenti comunicazioni della pubblica amministrazione con lo stesso mezzo (nella specie, si trattava di comunicazioni sul controllo dei requisiti); infatti, la previsione da parte della *lex specialis* di tale mezzo di trasmissione rende idonea la comunicazione via *fax* anche dell'atto di esclusione, ai fini della piena cognizione del contenuto del provvedimento, e risulta rispettosa dell'art. 77 del codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce la facoltà per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici di inviare le comunicazioni via *telex*, purché di ciò si dia comunicazione nel bando⁶⁸.

6. La previsione di requisiti di partecipazione a gara maggiormente rigorosi.

Diversa è l'ipotesi in cui il bando integri le previsioni normative, prevedendo **requisiti di partecipazione più rigorosi e restrittivi**.

Prescindendo dalla peculiarità di singole fattispecie, le posizioni della giuspubblicistica trovano idoneo componimento nel seguente pronunciato: la stazione appaltante, in sede di previsione dei requisiti di partecipazione, gode di **ampia discrezionalità**, potendo prevedere condizioni di partecipazione anche più restrittive, salvo la tutela della *par condicio* ed il rispetto dei criteri di congruità e pertinenza.

I bandi di gara, pertanto, possono prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli fissati normativamente, potendo richiedere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori rispetto a quelli richiesti per la iscrizione in albi o elenchi, purché tali requisiti ulteriori non siano discriminanti ed abnormi rispetto alle regole del settore.

E', perciò, inficiata la previsione di un requisito posseduto da un numero ristretto ed individuato o "individuabile" di concorrenti.

A sua volta, la "congruità" (altrimenti detta "proporzionalità") impedisce di

⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2010, n. 5845.

richiedere condizioni eccessive (paramtrate al valore dell'appalto), quali un fatturato di molto superiore all'importo a base d'asta⁶⁹.

Mentre la "pertinenza" impone che il requisito (*ultra legem*) prescritto risponda ad effettive esigenze collettive, riconducibili alla prestazione richiesta al concorrente.

Pertanto, sono da ritenersi legittimi tutti quei requisiti richiesti dal bando che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, comunque rispettino **il limite della logica e della ragionevolezza** e, cioè, della loro **pertinenza e congruità** a fronte dello scopo perseguito⁷⁰.

Tale orientamento trova conforto anche nella giurisprudenza comunitaria, visto che, secondo la Corte UE, uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate dalla norma, può prevedere ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità⁷¹.

Non vi è una preclusione assoluta all'introduzione di ulteriori cause di esclusione, a condizione che vengano rispettati i principi di trasparenza, imparzialità e proporzionalità per altro già richiamati all'art. 2 del codice dei contratti⁷².

⁶⁹ Prevedere requisiti manifestamente sproporzionati rispetto al servizio posto a gara genera un'irragionevole limitazione della platea dei partecipanti e un'irragionevole discriminazione tra i concorrenti.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7139. Tale orientamento è stato costantemente ribadito (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809).

⁷¹ T.A.R. Veneto, sez. I, 4 ottobre 2010, n. 5269, in cui si richiama la sentenza della Corte giustizia CE, sez. IV, 19 maggio 2009, causa 538/2007.

⁷² TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 17 febbraio 2011, n. 2505, secondo cui in linea generale l'amministrazione appaltante ha facoltà di indicare nella *lex specialis* requisiti comprovanti la capacità tecnico-economica dei partecipanti anche diversi e/o aggiuntivi rispetto alla soglia minima indicata dalla legge, con il solo limite della coerenza, congruità e non eccessiva onerosità dei requisiti stessi rispetto al parametro fondamentale rappresentato dall'oggetto della gara. Detti requisiti devono obbligatoriamente essere posseduti ed adeguatamente dimostrati, qualora siano espressamente posti a pena di esclusione, senza che possano trovare idonea espansione ambiti interpretativi delle prescrizioni della *lex specialis* aventi carattere logico-funzionale.

Alcuni di tali principi sono stati recepiti dal codice dei contratti pubblici (*ea est*: artt. 69⁷³, 73, comma 3⁷⁴, e 74, comma 5⁷⁵) nella sezione relativa alle *leges speciales* della gara (bandi, avvisi, inviti).

Ne consegue che, nonostante la discrezionalità che caratterizza la previsione di tali requisiti nella stesura del bando, detta scelta non è insindacabile ogni volta che trascenda i principi della razionalità e proporzionalità, traducendosi in un'indebita restrizione della concorrenza. Collide con tali principi la predisposizione di regole di gara illogiche, arbitrarie o che si presentino incoerenti con l'interesse pubblico da perseguire in via prioritaria⁷⁶.

A fronte di tale ampia discrezionalità risulta limitato anche l'intervento giustiziale.

E' *ius receptum* l'assunto secondo il quale l'amministrazione è legittimata ad introdurre, nella *lex specialis* di gara, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione alla gara di soggetti particolarmente qualificati, purché le relative disposizioni non siano indirizzate a violare la concorrenza attraverso la sostanziale predeterminazione, in linea di fatto, del ventaglio dei possibili partecipanti; tale possibilità sussiste non soltanto nel caso di fissazione di requisiti di partecipazione più restrittivi, ma anche allorquando si richiedano specifiche modalità di rappresentazione della concreta situazione aziendale del concorrente, fermo restando il limite, in ogni caso, della logicità e ragionevolezza dei requisiti o delle informazioni

⁷³ Secondo cui: “Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato”.

⁷⁴ Per il quale, le stazioni appaltanti richiedono gli elementi essenziali riferiti alle generalità degli operatori e gli elementi per operare la selezione, “... nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità della domanda di partecipazione”.

⁷⁵ Con una formulazione pressoché analoga a quella precedente, in riferimento alla forma e al contenuto dell'offerta, viene ribadito che la richiesta degli elementi essenziali dell'offerta deve rispettare “il principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta”.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28.

richieste, nonché della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito⁷⁷.

Il sindacato giustiziale sulla proporzionalità dei bandi di gara non impinge nel merito amministrativo, in quanto la libertà della stazione appaltante di valutare discrezionalmente le esigenze da porre a base dell'affidamento dell'appalto ed i conseguenti requisiti da richiedere ai concorrenti va temperata con il rispetto dei principi fondamentali che presidiano le procedure ad evidenza pubblica, quali la concorrenza e il *favor participationis*, sicché la violazione dei relativi principi comporta l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Copiosa è la casistica giurisprudenziale.

Si è sancita la legittimità della clausola di un bando di gara che prescriveva ai concorrenti di rendere alcune dichiarazioni, mediante l'utilizzo del modulo allegato al bando stesso, circa la dimensione aziendale dell'impresa, indicando le caratteristiche principali dell'impresa stessa (nella specie, attraverso il numero dei dipendenti e l'indicazione del contratto di lavoro applicabile)⁷⁸.

Non è stata sanzionata la clausola della *lex specialis* che, per la dimostrazione del requisito della capacità finanziaria ed economica, richiedeva la produzione dei bilanci in attivo regolarmente approvati con riguardo al triennio precedente⁷⁹.

Si è ritenuto ragionevole un bando che imponeva la consegna dell'offerta solo a

⁷⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2959; id., 6 giugno 2006, n. 3374, secondo cui sussiste in capo alla stazione appaltante il potere discrezionale di fissare, nella *lex specialis*, i requisiti di partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di lavori, servizi e forniture in modo più stringente o in numero maggiore di quelli fissati dalla legge, sempre che non siano irragionevoli od in contrasto con principi generali o dettati della legge stessa.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 56. Si è ritenuto che tali dati conservano una funzione rilevante per il pubblico interesse anche in presenza della SOA, atteso che quest'ultima, avendo validità triennale, non può fornire dati in tempo reale sulla dimensione aziendale delle imprese partecipanti e, quindi, su una delle qualità essenziali delle imprese.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011, n. 426. Secondo il giudice tale clausola, da un lato, non contrasta con il disposto dell'art. 41 del codice dei contratti pubblici, il quale non fornisce alcuna indicazione in ordine all'ambito temporale di riferimento delle scritture contabili e, dall'altro, si spiega, sul piano logico, con l'esigenza di assicurare l'acquisizione, per tutti i soggetti partecipanti e con riferimento al medesimo periodo triennale, di bilanci regolarmente approvati e depositati alla stregua della disciplina civilistica.

mezzo del servizio postale, con un termine congruo per la presentazione⁸⁰.

Si è statuita la legittimità, non essendo in contrasto con i principi comunitari di massima partecipazione e di ragionevolezza dell'azione amministrativa, della clausola di un bando secondo cui i plichi contenenti l'offerta e la documentazione sarebbero dovuti pervenire solo a mezzo raccomandata del servizio postale, ovvero mediante agenzia di recapito autorizzata e non già mediante consegna a mano⁸¹.

E' stata ritenuta legittima la clausola del bando che limitava la partecipazione alla procedura alle sole compagnie di assicurazione, escludendo quella dei singoli agenti assicurativi, non concretizzando, detta clausola, alcuna lesione del principio di adeguatezza partecipativa né alcuna irragionevolezza⁸².

Diversamente, con decisione n. 206 del 23 gennaio 2006, la V sezione del Consiglio di Stato ha annullato la clausola del bando che, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria delle imprese, richiedeva un fatturato di un importo eccessivo e sproporzionato (sette volte l'importo della gara).

Per analoghe considerazioni è stata annullata la previsione di un organico medio di 600 unità di managers, a fronte di una prestazione richiesta dal bando di importo complessivo pari a 240.000 euro⁸³.

E' stato considerato illegittimo, in quanto eccessivamente restrittivo ed in contrasto con i principi nazionali e comunitari di libera concorrenza e proporzionalità, un bando per l'affidamento di un appalto di servizi di ristorazione, per un limitato periodo di tempo (un anno) e per un modesto importo, che conteneva la previsione secondo la quale le ditte partecipanti dovevano necessariamente possedere la certificazione di qualità, da almeno cinque anni, rispetto ad una prestazione meramente accessoria (quale la pulizia e sanificazione delle stoviglie e dei locali)⁸⁴.

E' stato ritenuto illegittimo, per violazione dei principi di libertà di concorrenza e

⁸⁰ Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2006, n. 205.

⁸¹ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 944.

⁸² T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 2 agosto 2007, n. 7456.

⁸³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 31 luglio 2007, n. 7259.

⁸⁴ T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 27 agosto 2010, n. 3262.

favor participationis, e per ingiustificata restrizione del numero dei partecipanti, il bando di gara - indetto da un comune di piccole dimensioni - per l'affidamento in concessione del servizio di gestione, riscossione ed accertamento della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, dell'imposta comunale sulla pubblicità, e dei diritti sulle pubbliche affissioni, che prevedeva, quali requisiti di partecipazione - oltre all'iscrizione all'albo di cui all'art. 53 del d. lgs. 15 dicembre 1997 n. 446 (albo nazionale dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e delle altre entrate delle province e dei comuni) - anche la dimostrazione di aver svolto, per almeno un triennio continuativo nell'ultimo quinquennio antecedente la data della gara, il servizio oggetto del bando in forma congiunta ed in almeno due comuni con popolazione superiore a 90.000 abitanti, nonché di aver conseguito un fatturato, nel triennio precedente, per un importo, per aggi, non inferiore ad euro 8.000.000,00 al netto di IVA⁸⁵.

Si è sancita l'illegittimità della clausola che imponeva, a pena di esclusione, la contestuale disponibilità, in capo alle ditte, di più forme di ricezione concernenti le comunicazioni degli atti di gara (del domicilio, del fax e della posta elettronica certificata); tale clausola, infatti, si è ritenuta in contrasto con le previsioni di cui all'art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006, il quale individua mezzi alternativi (e non cumulativi) di comunicazione, ciò anche alla luce della normativa di settore che impone alle società già operanti di munirsi di un indirizzo PEC non prima del mese di novembre 2011⁸⁶.

E' stata sancita l'illegittimità della clausola che imponeva, a pena di esclusione, l'indicazione dell'oggetto della gara, oltre che sul plico contenente l'offerta, anche sulla busta interna a detto plico, recante in separati involucri la documentazione amministrativa e l'offerta economica; si è conseguentemente ritenuta illegittima l'esclusione disposta in applicazione della suddetta clausola nei confronti di una ditta che aveva presentato l'offerta con l'indicazione dell'oggetto della gara solo sul plico esterno e non anche sulla busta interna⁸⁷.

⁸⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 3 marzo 2010, n. 677.

⁸⁶ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, ordinanza 30 settembre 2010, n. 736.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6507.

Allo stesso tempo è stata censurata la clausola del bando (e la conseguenziale esclusione) che prevedeva l'inserimento, sia nella busta recante la documentazione amministrativa che in quella contenente l'offerta tecnica, del medesimo documento, ovvero del capitolato speciale timbrato e sottoscritto per accettazione su ogni pagina⁸⁸.

Tutta la suesposta problematica risulta ridimensionata a seguito delle novità introdotte dalla **legge 12 luglio 2011, n. 106**, il cui art. 4 ha modificato, tra l'altro, l'art. 46⁸⁹ e l'art. 64 del codice dei contratti.

In riferimento alla prima delle suddette disposizioni sono state elencate le ipotesi, tassative, di esclusione, di un concorrente dalla gara, con sanzione di nullità per clausole del bando e della lettera di invito che dovessero prevedere ulteriori ipotesi espulsive⁹⁰.

All'art. 64 del codice, invece, è stato inserito il comma 4 *bis* che, nel limitare la discrezionalità dell'amministrazione nella redazione della *lex specialis* della gara, ha previsto che i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità di vigilanza, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui al citato comma 1 *bis* dell'art. 46.

La possibilità di deroga ai bandi tipo, espressamente prevista, impone ma idonea motivazione da riportare nella delibera a contrarre.

7. Il divieto di commistione tra i requisiti storici e gli elementi dell'offerta.

Ulteriore limite alla discrezionalità della stazione appaltante, nel prevedere i requisiti di partecipazione e di valutazione dei concorrenti, è rappresentato dal **divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione**⁹¹.

⁸⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 giugno 2011, n. 3259.

⁸⁹ La cui rubrica è stata così modificata "*Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle cause di esclusione*".

⁹⁰ Le cause di esclusione di un concorrente sono state previste nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 46.

⁹¹ Per un'ampia ricostruzione anche dei vincoli derivanti dalla disciplina comunitaria in tema di distinzione tra la valutazione dei requisiti dell'offerente e la qualità dell'offerta,

Si è detto che tale divieto costituisce principio generale regolatore delle gare⁹², in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, nonché in applicazione del canone della *par condicio*, ostativo ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, con la conseguente necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione⁹³.

Spesso il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo delle imprese concorrenti è particolarmente sottile, attesa la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Tale commistione inestricabile viene, segnatamente, in rilievo quante volte la *lex specialis* valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi, bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata, con riferimento precipuo alle caratteristiche del personale, delle attrezzature e delle strutture logistiche da adibire alle prestazioni oggetto dell'appalto.

In virtù di tali presupposti ermeneutici si è ritenuto illegittimo un bando, da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella parte in cui aveva attribuito rilevanza, in sede di assegnazione del punteggio, ai requisiti

PIGNATTI M., Selezione dell'offerta e selezione dell'offerente: la distinzione fra la valutazione dei requisiti dell'offerente e la qualità dell'offerta, in *Foro Amm.-CdS*, 2010, 11, pp. 2416.

⁹² Un'applicazione attenuata di tale principio ha riguardato il settore dei servizi, laddove l'offerta tecnica non consisteva in un progetto, ma nella descrizione di un *facere* che poteva essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali si è fatta rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione di impresa (Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002).

⁹³ Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208, secondo cui (nel bando di una gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione, di durata triennale, di apparecchiature biomedicali presso presidi ospedalieri) non comporta una indebita commistione tra requisiti soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta la previsione, tra i criteri tecnici di valutazione delle offerte, della "struttura, organizzazione generale ed ubicazione dell'azienda ad effettivo supporto del personale residente a garanzia della continuità del servizio" e dell'"ubicazione e logistica del magazzino ad effettivo supporto del servizio"; tale previsione infatti, lungi dal risolversi nella prescrizione di requisiti selettivi di tipo meramente soggettivo idonei a restringere la cerchia dei concorrenti – in funzione per così dire protezionistica – ad imprese territorialmente localizzate, costituisce il portato di esigenze logistiche, strutturali ed organizzative strettamente inerenti alla natura oggettiva delle prestazioni da assolvere dall'impresa aggiudicataria.

soggettivi in sé considerati, ossia avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sullo specifico espletamento del servizio da aggiudicare (nella specie si attribuiva rilievo al possesso di certificazioni di qualità ed all'attività di intermediazione svolta negli ultimi tre anni, ossia ad aspetti che non attengono all'organizzazione specifica concreta bensì alle qualità soggettive astratte)⁹⁴.

Si è ribadito⁹⁵ che il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti all'aggiudicazione ha un sostanziale supporto logico nella necessità di tener separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara pubblica da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione.

In sintesi, in una gara d'appalto si realizza una commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta allorché elementi di valutazione specificati nel disciplinare riguardino caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione della gara e, quindi, solo quali criteri di ammissione della stessa e non di valutazione dell'offerta⁹⁶.

Tale divieto, invece, non risulta eluso o violato allorché gli aspetti organizzativi non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali - in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva - ma quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta⁹⁷.

8. La documentazione incompleta e irregolare; limiti al dovere di soccorso.

⁹⁴ Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2009, n. 5105.

⁹⁵ Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6490.

⁹⁶ Per un'ipotesi di illegittima commistione tra detti requisiti, cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 17 gennaio 2011, n. 49.

⁹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010 n. 8933.

Si è già ricordato che, qualora il bando o la lettera di invito comminino espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, circa l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e circa la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando. Soltanto nel caso di equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può esservi spazio per un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti.

In tale contesto va analizzata la problematica della regolarizzazione della documentazione prodotta dai concorrenti.

Va premesso che nelle gare di appalto, la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata dalla stazione appaltante se vale ad integrare documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotte a pena di esclusione. Infatti, l'esercizio della facoltà della stazione appaltante di invitare alla regolarizzazione non può mai determinare un'alterazione della *par condicio* delle imprese, attraverso una modifica dell'offerta incidente su elementi o formalità essenziali della stessa, potendo riguardare soltanto documenti già presentati ma non dichiarazioni o documentazioni omesse.

Sul piano normativo l'art. 46⁹⁸ del d. lgs. n. 163 del 2006 è espressione, nel settore degli appalti pubblici, dei principi che sovrintendono l'istruttoria procedimentale, già consacrati nell'art. 6 della legge n. 241 del 1990⁹⁹.

La citata disposizione è stata intesa nel senso che l'amministrazione, in sede di espletamento della gara, deve disporre la regolarizzazione dei documenti quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano ragionevole ritenere sussistenti, in capo alla ditta interessata, i requisiti di partecipazione. Detto diversamente, quando il documento è già stato presentato in sede

⁹⁸ In virtù del quale: “*Nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i ricorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*”.

⁹⁹ T.A.R. Sardegna, sez. I, 1 settembre 2010, n. 2163.

di gara, anche se parzialmente, è consentita la sua regolarizzazione se la violazione è squisitamente formale ed il rimedio, in concreto, non altera la *par condicio* tra i concorrenti.

L'integrazione documentale prevista dall'art. 46 del codice dei contratti pubblici è, altresì, ammissibile nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire, dovendosi in linea generale ritenere che la sostanza deve prevalere sulla forma.

In senso conforme, si è ritenuto che legittimamente la stazione appaltante abbia ammesso una ditta alla regolarizzazione, posto che l'irregolarità riscontrata derivava da una clausola del bando equivoca¹⁰⁰.

Può quindi ritenersi che l'integrazione documentale e la regolarizzazione nelle gare di appalto sono ammesse per quei requisiti che non siano reputati essenziali e previsti espressamente a pena di esclusione, per i documenti comunque presentati nei termini e, infine, in quelle ipotesi in cui vi siano dubbi in ordine alla chiarezza delle clausole riguardanti la documentazione da integrare.

La conseguenza di tale impostazione è che l'azione amministrativa deve essere orientata sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nel citato articolo 6 della legge sul procedimento.

Tale impostazione discende direttamente dall'applicazione di due principi tradizionalmente fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: quello di proporzionalità e quello del dovere dell'amministrazione di ascoltare i privati prima di assumere decisioni.

¹⁰⁰ TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449 (nella specie il bando prevedeva che "pena l'esclusione, tutte le fidejussioni devono essere accompagnate da autenticazione notarile della firma del sottoscrittore"; poiché tale clausola non era inequivoca, atteso che non richiamava esplicitamente la firma dell'assicurato e dell'assicuratore, limitandosi a riferirsi al "sottoscrittore" mediante l'uso della forma singolare, legittimamente era stata ammessa la regolarizzazione di una polizza completa in ogni sua parte, ma mancante della sola firma dell'assicurato). Con la medesima decisione si è sancito che non può comportare l'esclusione da una gara (ma, tutt'al più, una richiesta di integrazioni di cui all'art. 46) una divergenza tra residenza dichiarata da un soggetto partecipante e quella risultante dalla copia della carta di identità allegata alle dichiarazioni presentate, trattandosi di irregolarità che non incide sulla validità e completezza della relativa dichiarazione, ove tale irregolarità non sia colpita da comminatoria di esclusione.

Si ripete.

Ai sensi dell'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non possono servire a sopperire la mancanza di un documento (quali, ad esempio, la certificazione dei carichi pendenti o la dichiarazione sostitutiva).

Per l'effetto deve ritenersi legittima l'esclusione dalla gara di una ditta che, nell'autocertificazione di cui al modello allegato al bando, non ha barrato alcuna delle due opzioni possibili in relazione all'art. 17, l. n. 68/1999 e in relazione all'intenzione di ricorrere o meno al subappalto, ove il bando abbia espressamente previsto che "l'omessa indicazione anche di una sola delle dichiarazioni previste nel citato allegato determinerà l'esclusione"¹⁰¹.

Legittimamente è stata esclusa da una gara una impresa che non abbia prodotto il certificato dei carichi pendenti prescritto dal bando (nella specie relativo al direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente la gara), non potendo tale omissione essere sanata dal fatto che era stata prodotta in gara una dichiarazione sostitutiva circa l'insussistenza di procedimenti in corso per l'applicazione di misure di prevenzione¹⁰².

In altre parole, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali; ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara¹⁰³.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2009, n. 8386.

¹⁰² Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084.

¹⁰³ Di recente, il Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371, ha ribadito che l'omessa presentazione della dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 38, comma 1, del codice dei contratti pubblici determina l'esclusione dalla gara, a nulla rilevando che la *lex specialis* della gara non preveda un'espressa clausola di esclusione per le ipotesi di documentazione mancante, poiché è lo stesso art. 38 a disporre l'esclusione dalle gare per i soggetti che (comma 2) non abbiano attestato il possesso dei richiesti requisiti con la prescritta dichiarazione sostitutiva (resa con le modalità di cui al d.p.r. n. 445/2000). Né la documentazione carente, secondo il predetto Collegio giudicante, può essere integrata dalla impresa interessata, non ricorrendo i presupposti per l'applicazione dell'art. 46 del codice.

In presenza di una prescrizione chiara, infatti, la regolarizzazione costituirebbe violazione della *par condicio* fra i concorrenti.

In proposito, recenti orientamenti giurisprudenziali hanno elaborato la categoria del c.d. *falso innocuo*.

Precisamente, si è ritenuto - in base ad una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative - che solo la sussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 cit. comporti, *ope legis*, l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38 cit., l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "*falso innocuo*" (nel senso che non arreca vantaggio al concorrente e non arreca danno alla stazione appaltante), come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative¹⁰⁴.

Ad esempio, nel caso in cui la legge di gara non preveda la necessità di indicare e di presentare la dichiarazione sostitutiva in ordine al possesso dei "requisiti morali" per i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente l'indizione della gara e, comunque, non sia prevista l'esclusione per l'omessa menzione e dichiarazione di moralità neanche relativamente agli altri soggetti indicati, l'omessa dichiarazione in ordine a detti soggetti non può dare luogo ad esclusione, nel caso in cui risulti che gli interessati non abbiano riportato condanne penali, potendo l'assenza di indicazione nominativa e di dichiarazione circa la loro moralità essere superata dall'integrazione documentale richiesta dalla stazione appaltante.

Si è, tuttavia, opportunamente avvertito che il principio del falso innocuo non si applica nel caso in cui la "legge" di gara prescriva determinate dichiarazioni e sanzioni con l'esclusione la loro omissione, anche se l'omissione sia meramente formale¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967.

¹⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2010, n. 3158.

La problematica della regolarizzazione documentale non può prescindere dal caso concreto, né da un bilanciamento di tutti gli interessi, potendo ipotizzarsi una generale “sanatoria” documentale qualora nessuno dei concorrenti (anche per carenze nell’articolazione del bando) abbia prodotto uno specifico documento.

In tale ultima ipotesi, alla scelta di escludere tutti i concorrenti (con necessario rinnovo della procedura e con consequenziali ulteriori oneri), potrebbe preferirsi quella di una generale integrazione documentale, per continuare nella celebrazione della gara.

Si è ritenuto legittimo l’operato della stazione appaltante che aveva invitato tutte le ditte concorrenti ad integrare la documentazione già prodotta, con il certificato sul diritto al lavoro dei disabili di cui all’art. 17 della l. 23 marzo 1999, n. 68¹⁰⁶ (applicabile *ex lege*), visto che nessuna di esse aveva prodotto tale certificato; in tal caso, infatti, la mancata osservanza del citato art. 17, avrebbe comportato l’esclusione di tutte le ditte e la conseguente necessità del rifacimento della gara, senza vantaggio per l’amministrazione e per i concorrenti¹⁰⁷.

9. L’individuazione dei “rappresentanti delle imprese”.

L’applicazione dell’art. 38 va precisata anche sotto il profilo soggettivo.

Tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all’esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell’ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all’art. 38, d. lgs. n. 163/2006; tale principio risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all’art. 38, del d. lgs. n. 163/2006¹⁰⁸.

L’accertamento dei predetti requisiti si impone per ogni attività contrattuale.

¹⁰⁶ Va ricordato che la dichiarazione di cui all’art. 17 della l. n. 68/1999, con la quale le imprese attestano di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, costituisce requisito di partecipazione alla gara; ne consegue che l’omissione di detta dichiarazione costituisce causa di esclusione dalla gara per la forza cogente propria della legge, anche se detta dichiarazione non sia richiamata dalla *lex specialis* (Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3213).

¹⁰⁷ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2010, n. 1207.

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759.

In particolare, poichè l'art. 27 del Codice dei contratti pubblici dispone che nei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, devono comunque osservarsi i principi di tutela della concorrenza, tra cui quello di imparzialità, efficacia, *par condicio*, deve ritenersi che anche a tale tipo di contratti sia applicabile la regola secondo cui tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali indicati nell'art. 38; tale regola può essere considerata un principio di tutela della *par condicio*, dell'imparzialità e efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice, quali i servizi dell'allegato II-B.

Resta problematica l'individuazione delle persone fisiche (titolari di poteri di rappresentanza) tenute a rendere tale dichiarazione.

La prevalente posizione giurisprudenziale ritiene che il criterio interpretativo da seguire consiste nel ricercare nello statuto della società quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza.

A tal fine non assume alcun rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati solo in funzione vicaria: ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, a maggior ragione nel caso in cui lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione di autorizzazione¹⁰⁹.

Alla stregua di tale indirizzo ermeneutico l'indicato art. 38 assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato.

Risulta dirimente, quindi, non tanto la qualifica formale rivestita, bensì i poteri sostanziali attribuiti (ove prevedano la rappresentanza della società verso l'esterno), con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza¹¹⁰, dei

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3325.

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8059. Secondo tale statuizione, nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 del codice rientrano sia i soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario, sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte.

procuratori *ad negotia* laddove, a dispetto del *nomen*, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto¹¹¹.

Deve pertanto ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione da parte di colui che, in qualità di procuratore *ad negotia*, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali¹¹².

Alla stregua degli stessi canoni ermeneutici è stata ritenuta legittima l'esclusione di una società nel caso in cui la dichiarazione *ex art. 38* non sia stata resa anche con riferimento alle posizioni degli "institori", titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica, seppur espletato in un limitato ambito territoriale¹¹³.

Non mancano, tuttavia, discordanti posizioni.

Altra giurisprudenza, infatti, ha limitato, sotto il profilo soggettivo, la sussistenza dell'obbligo della dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici e non anche ai procuratori della società¹¹⁴.

In particolare, sempre per quanto concerne i procuratori, un recente arresto giurisprudenziale ha ritenuto insussistente l'obbligo di tale dichiarazione¹¹⁵.

Si è poi precisato che nel caso in cui il bando prescriva la presentazione, a pena di esclusione, di una dichiarazione sostitutiva da parte "di tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza", tale disposizione presuppone la duplice condizione soggettiva di amministratore e di titolare del potere di rappresentanza; pertanto, la dichiarazione andava resa dalle sole persone fisiche aventi la carica formale di amministratore, insieme al potere di rappresentanza, non essendo sufficiente

¹¹¹ Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578.

¹¹² Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373; id., sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2068 che ritiene sussistente tale obbligo in capo al procuratore a prescindere dalla previsione del bando.

¹¹³ Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 9 gennaio 2010, n. 43.

¹¹⁴ Tra le altre, si segnalano, T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 aprile 2009, n. 131; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 luglio 2008, n. 379.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513.

l'attribuzione di ampi poteri rappresentativi, occorrendo anche l'attribuzione della carica societaria di amministratore¹¹⁶.

Si è precisato ancora che anche per gli amministratori di società “fuse” per incorporazione in una società incorporante (partecipante a gara) deve essere presentata la dichiarazione attestante il requisito della moralità professionale, in quanto la fusione non comporta, anche a seguito della riforma del diritto societario, la completa estinzione della società incorporata, ma determina l'integrazione della stessa nella società incorporante¹¹⁷.

Analogo obbligo è stato ritenuto sussistente in caso di partecipazione a gara di un'impresa che ha acquisito un ramo di azienda, con necessità che la dichiarazione venga resa dall'amministratore e dal direttore tecnico della società cedente¹¹⁸.

10. Le problematiche delle dichiarazioni sostitutive.

Il rigore formale che caratterizza le procedure di gara deve essere temperato con *le norme sulla semplificazione documentale* che, in via generale, abilitano i concorrenti ad avvalersi dell'autocertificazione. Ragione per cui anche se il bando impone di produrre determinati certificati, gli stessi possono essere surrogati da dichiarazioni sostitutive degli interessati (salvi i divieti sanciti da leggi e regolamenti) e tanto in virtù di un *principio generale dell'ordinamento* operante anche in mancanza di espressa previsione del bando¹¹⁹.

Sulla base degli artt. 38, 74 del d. lgs. n. 163/2006, dell'art. 18 della l. n. 241/1990 e degli artt. 43, 46 e 77 *bis* del d.p.r. n. 445/2000¹²⁰, le clausole che richiedono certificati devono considerarsi rispettate qualora venga prodotta un'appropriata

¹¹⁶ E' quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857.

¹¹⁷ Cfr., anche per ulteriori approfondimenti su tale profilo, Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4323 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 luglio 2011, n. 1244.

¹¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2011, n. 3580.

¹¹⁹ Tale orientamento è stato ribadito da TAR Campania, Napoli, sez. III, 18 gennaio 2011, n. 300.

¹²⁰ Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa.

dichiarazione sostitutiva, che l'amministrazione appaltante ha il potere-dovere di verificare ai fini dell'eventuale esclusione¹²¹.

Il sistema della semplificazione della documentazione amministrativa, imperniato sulla sostituzione di un certificato o di un atto di notorietà con altrettante dichiarazioni rese dall'interessato, poggia su due fondamentali principi:

- quello dell'*autoresponsabilità* del dichiarante;
- quello dell'*equivalenza funzionale* delle suddette dichiarazioni rispetto ai certificati o agli atti sostituiti.

Sotto quest'ultimo profilo, una dichiarazione può ritenersi valida ed efficace soltanto se rispetti - oltre alle "formalità" estrinseche prescritte dall'ordinamento (essenzialmente dirette a renderne incontrovertibile la "paternità") - anche il canone dell'autosufficienza contenutistica rispetto al documento o all'atto sostituito.

Ne consegue che una dichiarazione sostitutiva, ivi incluse quelle complesse (ossia risultanti dalla combinazione di un'autocertificazione e di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà), può tener luogo della certificazione o dell'atto pubblico, sempre producibili in via alternativa (fatte unicamente salve le tassative eccezioni stabilite dal predetto testo unico), solo quando essa sia in grado di veicolare tutti i dati contenuti nei documenti pubblici sostituiti e, soprattutto, quando essa risulti idonea, da sola, a soddisfare le esigenze informative manifestate dall'amministrazione.

Per cui, una dichiarazione che rechi la puntualizzazione "*per quanto a mia conoscenza*", relativa all'inesistenza di condanne, rende *tamquam non esset* la dichiarazione rilasciata, venendo a mancare una vera assunzione di responsabilità¹²².

L'utilizzo di tale strumento di semplificazione deve, comunque, soddisfare quanto richiesto dal bando.

Pertanto, la mera dichiarazione secondo cui l'impresa è iscritta alla Camera di commercio non può ritenersi sufficiente ai fini dell'ammissione ad una gara nel caso in

¹²¹ Il Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7459, ha ritenuto illegittima l'esclusione di un'impresa che non aveva inserito nella busta contenente la documentazione, così come prescritto dal disciplinare, i certificati del casellario giudiziario e dei carichi pendenti in data non anteriore a sei mesi, posto che essa aveva inserito un'appropriata dichiarazione sostitutiva.

¹²² T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 22 ottobre 2010, n. 13015.

cui il bando preveda che debba essere precisata dalle imprese partecipanti l'“iscrizione per l'attività oggetto dell'appalto”¹²³.

Né può invocarsi una generale possibilità di regolarizzazione postuma.

Nelle gare ad evidenza pubblica, infatti, l'affidamento di un partecipante può rilevare, con finalità latamente “sananti”, solo se alla genesi dell'errore, di percezione o di comprensione della *lex specialis*, nel quale sia incorso il concorrente, abbia causalmente contribuito il comportamento ambiguo dell'amministrazione; mentre, ove un'autocertificazione sia *inequivocabilmente richiesta*, la sua omessa allegazione impone l'esclusione delle concorrenti¹²⁴.

Analoga è la sanzione per la mancata **allegazione del documento di riconoscimento** del sottoscrittore.

Tale allegazione, al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta rilasciata, lungi dal costituire un vuoto formalismo, rappresenta un fondamentale onere del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare (per di più, con la valenza di monito) non tanto (*melius*, non soltanto) le generalità del dichiarante, ma ancor prima l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica¹²⁵.

Ne consegue che la produzione della fotocopia della carta di identità, contestualmente alla presentazione dell'autocertificazione, è elemento imprescindibile della stessa e non può essere regolarizzata successivamente¹²⁶.

¹²³ Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1210.

¹²⁴ Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32. Con tale decisione si è ritenuta legittima l'esclusione da una gara dell'impresa che, in violazione di quanto previsto dal bando a pena di esclusione, non ha prodotto, relativamente agli amministratori della società, l'autocertificazione con cui occorre attestare che gli stessi non avessero riportato condanne penali per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale. Tale omissione, infatti, in presenza dell'espressa previsione del bando, non può considerarsi come mera irregolarità formale, con conseguente invito all'impresa a completare la documentazione di gara, giacché si tratta della mancata produzione di un documento richiesto a pena di esclusione.

¹²⁵ Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140; id., 4 maggio 2006, n. 2477.

¹²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3445. Tale decisione ribadisce il pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui, in base al combinato-disposto degli artt. 21, comma 1 e 38, commi 2 e 3, del d.p.r. n. 445 del 2000, nel caso di dichiarazioni sostitutive, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità

In altre parole, le autocertificazioni (ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 445 del 2000) necessitano, per la loro giuridica esistenza ed efficacia, della sottoscrizione del legale rappresentante del dichiarante, resa in presenza di un dipendente addetto, ovvero dell'allegazione di copia fotostatica, ancorché non autenticata, di un documento del sottoscrittore; va, pertanto, disposta l'esclusione dalla gara per la mancata allegazione, da parte del concorrente, della fotocopia del documento di riconoscimento alla dichiarazione sostitutiva ed ai documenti prodotti in fotocopia autocertificata, atteso che l'obbligo di produrre copia del documento di identità risulta inderogabile in considerazione della sua introduzione quale forma di semplificazione, nè è data possibilità di regolarizzazione o integrazione del documento mancante, nel rispetto anche della *par condicio* tra i concorrenti¹²⁷.

Tale orientamento è stato più volte¹²⁸ e, di recente¹²⁹, confermato.

dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sottoscrizione apposta in calce ad una istanza o ad una dichiarazione e non rappresenta un vuoto formalismo ma semmai si configura come l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica; tale incumbente riveste natura nodale ed è insuscettibile di regolarizzazione.

¹²⁷ Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8152, secondo cui va esclusa da una gara di appalto una ditta che abbia prodotto le schede di offerta senza accludere, così come prescritto dalla *lex specialis* a pena di esclusione, fotocopia del documento di identità del sottoscrittore; tale omissione non può essere sanata con altri dati forniti in sede di offerta, allorché per l'inosservanza del prescritto adempimento sia comminata la sanzione dell'esclusione dalla gara, né comunque può ritenersi consentita la successiva regolarizzazione di tale carenza, in quanto la mancata allegazione del documento di identità non costituisce una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma integra gli estremi di una palese ed insanabile violazione della disciplina regolatrice dell'appalto in questione.

¹²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2010, n. 7608, in cui si ribadisce che l'allegazione della copia fotostatica del documento di identità costituisce un caso di forma essenziale stabilita dalla legge.

¹²⁹ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I *bis*, 7 febbraio 2011, n. 1099, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture, disposta in favore di una ditta che abbia omesso di allegare, alle dichiarazioni sostitutive prodotte unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, la copia del documento di identità riferito alle generalità dei firmatari o di uno soltanto di essi; infatti, la mancata allegazione del documento di identità rende del tutto nulle ed inefficaci le dichiarazioni sostitutive allegate alla domanda di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Si è discusso anche dell'ammissibilità di una prescrizione del bando che imponga l'allegazione del documento anche all'offerta economica (e non solo alle dichiarazioni rese per comprovare i requisiti soggettivi dell'impresa).

In proposito si è ritenuta legittima la prescrizione del disciplinare di gara che impone, a pena di esclusione, di allegare alle schede delle offerte la fotocopia del documento di identità del sottoscrittore; tale prescrizione, oltre a non contrastare con l'art. 38 del d.p.r. n. 445/2000, non può considerarsi irragionevole, né eccessivamente gravosa: infatti, da un lato, l'importanza connessa alla presentazione dell'offerta economica, che rappresenta l'elemento centrale della gara, giustifica il maggiore impegno formale costituito dall'allegazione specifica e puntuale del documento di riconoscimento a garanzia di massima serietà; dall'altro, non appare per nulla impegnativo o defaticante per i concorrenti osservare la chiara ed univoca regola fissata nella *lex specialis* mediante il semplice inserimento nella relativa busta della fotocopia del documento di identità di ciascun sottoscrittore.

Si è anche sancito che nel caso in cui il bando di gara, richieda espressamente e chiaramente, ai fini della partecipazione, la necessaria produzione, a pena di esclusione, della fotocopia del documento di identità, recante la sottoscrizione in originale da parte dei concorrenti, è legittima l'esclusione dalla gara stessa di un soggetto che ha presentato la suddetta fotocopia priva della sottoscrizione; in tal caso, infatti, in ossequio alle prescrizioni di gara, è doveroso procedere all'esclusione del suddetto concorrente interessato¹³⁰.

¹³⁰ Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2478, secondo cui non può ritenersi illegittima la clausola di un bando di gara che richieda, ai fini della partecipazione, la produzione della fotocopia del documento di identità dell'offerente recante la sottoscrizione in originale. Infatti, le clausole del bando di gara sono illegittime per eccesso di potere solo se impongono adempimenti manifestamente illogici o sproporzionati, laddove l'adempimento richiesto dalla suddetta clausola non può ritenersi né illogico né sproporzionato; non illogico, atteso che esso giova a verificare l'attribuibilità della domanda di partecipazione e dell'offerta al soggetto offerente, mediante riscontro dell'identità della firma in calce alla domanda di partecipazione, all'offerta, al documento di identità; non sproporzionato, atteso che determina la sola conseguenza di leggere attentamente il bando e apporre una firma.

Sempre sotto un profilo “modale”, si è detto che non inficia la validità di una dichiarazione sostitutiva la circostanza che la dichiarazione stessa sia stata inserita in un unico documento contenente le dichiarazioni di altri soggetti¹³¹.

Meno rigorosa appare anche la decisione¹³² secondo cui l’autocertificazione complessa -cioè attinente ad una pluralità di circostanze ovvero ad una pluralità di dichiarazioni che, ancorché non rese formalmente *uno actu*, siano contemporaneamente rilasciate in un unico plico, come è il caso delle offerte di gara- non richiede, per poter essere valida, che ciascuno dei fatti o delle circostanze sia accompagnata dalla fotocopia del documento di identità, la cui funzione è quella di asseverare, anche ai fini della responsabilità, la provenienza delle dichiarazioni rese.

In ogni caso, radicale è la sanzione in caso di dichiarazione mendace.

La presentazione di una dichiarazione non veritiera o falsa (indipendentemente da ogni considerazione sul fatto che essa giustifichi un giudizio di inaffidabilità e, quindi, di esclusione dalla gara) costituisce motivo di esclusione *ex se* dalla gara¹³³.

Infatti, in linea generale, le false attestazioni comportano l’esclusione dalla gara dell’impresa che le ha rese, risultando irrilevante a questo effetto l’elemento soggettivo doloso o colposo e sufficiente l’obiettiva esistenza del falso¹³⁴, atteso che l’autocertificazione è un modulo semplificatorio di favore che agevola l’interessato, ma contemporaneamente lo onera di specifica attenzione e verifica sia per non indurre in capo all’amministrazione l’onere di una impossibile verifica sull’elemento soggettivo

¹³¹ Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2010, n. 1795. Secondo tale Collegio giudicante, la presentazione di un unico documento non esclude, infatti, che sotto il profilo giuridico, si debba qualificare detto documento come contenente una serie di atti plurimi imputabili ai singoli soggetti che hanno sottoscritto la dichiarazione. D’altra parte, non vi è alcuna disposizione che vieti di concentrare in un unico documento le dichiarazioni sostitutive rese da più soggetti, quanto meno nei casi in cui sia agevolmente ravvisabile una oggettiva e soggettiva connessione tra le dichiarazioni stesse, anche in funzione della loro destinazione.

¹³² T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11 maggio 2005, n. 798.

¹³³ Cons. Stato, sez. V, ordinanza 21 maggio 2010, n. 2252.

¹³⁴ Ai sensi del comma 1 *ter* dell’art. 8, del d. lgs. n. 162/2006, come inserito dall’art. 4 della legge n. 106/2011, in caso di dichiarazione falsa (o di falsa documentazione) la stazione appaltante deve darne segnalazione all’Autorità di vigilanza, cui compete la verifica dei presupposti per l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto.

del dichiarante, sia perché la responsabilità della verifica dei dati autocertificati correttamente bilancia la semplificazione così ottenuta¹³⁵.

Il sistema esige, pertanto, la massima serietà e correttezza da parte del concorrente nel redigere l'autocertificazione e, conseguentemente, una dichiarazione non veritiera non può che far dubitare della moralità e dell'affidabilità del dichiarante¹³⁶.

Si è ritenuta falsa la dichiarazione con la quale il legale rappresentante di un'impresa partecipante alla gara di appalto ha attestato di essere in possesso del requisito della regolarità contributiva nel caso in cui risulti che, alla data di presentazione delle offerte prevista dal bando, tale requisito non sussisteva, a nulla rilevando che, successivamente, abbia sanato la situazione di irregolarità¹³⁷.

Diversa è l'ipotesi di una *dichiarazione meramente irregolare*. In tale evenienza si impone alla stazione appaltante un generale "dovere di soccorso".

Di modo che deve ritenersi legittimo l'invito alla regolarizzazione rivolto ad un'impresa il cui legale rappresentante, nel presentare la domanda prevista dalla lettera di invito, abbia allegato alla domanda stessa un documento di identità scaduto, atteso che, in tal caso, trattandosi di irregolarità, che di certo non costituisce falsità, la stessa può essere agevolmente sanata o con la produzione di altro documento, ovvero con una versione aggiornata di quello scaduto, secondo il procedimento di rettifica indicato dall'art. 71 del d.p.r. n. 445/2000¹³⁸.

¹³⁵ T.A.R. Sardegna, sez. I, ord. 6 aprile 2011, n. 159, che ha ritenuto legittimo (seppur in sede di sommaria deliberazione) il provvedimento con il quale una stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto di lavori, motivato con riferimento al fatto che la ditta risultata aggiudicataria aveva presentato, in sede di gara, documentazione difforme rispetto a quella prodotta in sede di verifica ed una falsa attestazione.

¹³⁶ Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792.

¹³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 104.

¹³⁸ Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2004, n. 7339. In senso conforme si è sancito che nel caso in cui, nel corso di una gara di appalto, sia stata prodotta una delle dichiarazioni prescritte dalla *lex specialis* corredata da un documento d'identità scaduto, non può farsi luogo all'esclusione dell'impresa cui si riferisce la dichiarazione stessa, dovendosi piuttosto farsi applicazione delle regole generali in materia di dichiarazioni sostitutive (art. 71 del dpr n. 445/2000), secondo cui "qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità" e che

Per la medesima ragione sono state ritenute valide e pienamente efficaci le dichiarazioni sostitutive rese su più fogli privi della necessaria sottoscrizione per ciascun foglio, atteso che l'art. 38 del d.p.r. n. 445/2000 non prevede siffatto obbligo, neppure rispondente all'esigenza di evitare dichiarazioni mendaci, atteso che l'amministrazione ha sempre la possibilità di verificarne l'esattezza¹³⁹.

In assenza di un modulo predisposto dall'amministrazione appaltante, la dichiarazione sostitutiva firmata e presentata dal partecipante a una gara d'appalto senza la formalità dell'apposizione della clausola del richiamo dell'art. 76, non determina l'esclusione dalla gara (è stato ritenuto che non poteva determinare l'esclusione dalla gara il fatto che una ditta, nel rendere la dichiarazione sostitutiva, aveva ommesso il richiamo alle sanzioni penali previste nel caso di dichiarazioni mendaci)¹⁴⁰.

Sotto l'aspetto formale va considerata valida anche una dichiarazione sostitutiva in cui manchi l'espressa menzione del d.p.r. n. 445/2000 e della qualificazione dell'atto, atteso che le autocertificazioni necessitano per la loro giuridica esistenza, solo della sottoscrizione del legale rappresentante del dichiarante, resa in presenza di un dipendente addetto, ovvero dell'allegazione di copia fotostatica, ancorché non autenticata, di un documento del sottoscrittore¹⁴¹.

Sembra aver trovato un idoneo componimento giurisprudenziale la problematica relativa all'idoneità di un'unica copia del documento di identità allegato a più dichiarazioni, formalmente distinte l'una d'altra.

Di recente, si è ritenuto conforme alla lettera dell'art. 38 del d.p.r. n. 445/2000 - anche in ossequio al principio del *favor participationis* - l'inserimento di una singola copia fotostatica del documento di identità nella busta contenente la documentazione di gara, nel caso in cui le dichiarazioni sostitutive richieste siano più d'una e formalmente

"questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione", atteso peraltro che l'art. 77-bis del citato dpr estende espressamente alla materia delle gare per l'affidamento di pubblici appalti la disciplina dettata in tema di dichiarazioni sostitutive (Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2366).

¹³⁹ Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6043.

¹⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2010, n. 579.

¹⁴¹ Cons. giust. amm. reg. siciliana, 3 ottobre 2007, n. 911.

distinte; l’inserimento di una sola copia del documento d’identità per più dichiarazioni sostitutive, infatti, è stato ritenuto sufficiente alla identificazione del rappresentante che ha reso le dichiarazioni sostitutive stesse e a fornire la prova del nesso di imputabilità soggettiva delle dichiarazioni alla persona fisica che le ha rese¹⁴².

11. Riflessioni di sintesi.

A conclusione delle argomentazioni sopra svolte, occorre ribadire l’importanza della *lex specialis*.

Il ruolo rivestito dal bando, nella gestione delle procedure concorsuali, è inconfutabile quanto insopprimibile.

Esso detta regole che assumono forza vincolante sia per l’offerente che per la stessa stazione appaltante; le clausole ivi contenute limitano finanche la discrezionalità amministrativa, imponendone un’applicazione rigorosa e “ortodossa” in tutte le fasi selettive.

Ciò ribadito, è agevole evidenziare (e suggerire) come la predisposizione di un bando chiaro e coerente consente di sottrarsi a possibili contestazioni, anche in sede giurisdizionale.

La predeterminazione, puntuale e schematica, dei requisiti di partecipazione e delle modalità di presentazione dell’offerta è presupposto indispensabile per un’agevole gestione delle possibili criticità.

Se, infatti, viene stabilita, con formula non ambigua, una specifica modalità di presentazione dell’offerta (la “spedizione” entro una determinata data), ovvero l’allegazione (*ab initio*) di uno specifico documento, prevedendosi - in entrambi i casi - un’espressa sanzione di esclusione (nell’ipotesi di inottemperanza), per l’operatore amministrativo risulterà certamente meno problematico sancire o meno l’esclusione di un’offerta.

Diversamente, l’inserimento, nel bando, di clausole ambigue (come ad esempio, l’espressione: l’offerta deve essere “presentata” entro il termine di trenta giorni, dove il

¹⁴² Cons. Stato, sez. VI, n. 7608/2010, cit..

termine “presentata” potrebbe significare sia “spedita” che “protocollata”), alimenta incertezze e difficoltà in capo al partecipante e all’operatore amministrativo.

Allo stesso tempo, la chiara sanzione di esclusione, con una previsione che venga espressamente riferita ad una specifica prescrizione del bando (anche se ripetuta più volte ovvero per tutte quelle prescrizioni ritenute indispensabili), consente di evitare ulteriori difficoltà od incertezze interpretative, posto che il partecipante risulterà idoneamente notiziato dell’essenzialità di tale formalità, mentre, in capo al seggio di gara, non residuerà alcun margine di incertezza.

Va anche ricordato che qualora si intendano prescrivere requisiti più rigorosi e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, occorre rispettare il limite della logicità, onde non generare un’irragionevole riduzione della platea dei partecipanti.

Se è vero, infatti, che la scelta della stazione appaltante, in ordine ai requisiti di partecipazione, attiene al merito amministrativo, è altresì vero che essa risulta censurabile (quindi impugnabile innanzi al giudice amministrativo) qualora ecceda il limite della logicità e della pertinenza, inficiando la *par condicio* dei concorrenti.

Risulta opportuno, oltre che doveroso, verificare, in sede di redazione di tali clausole, se:

- il requisito prescritto non sia inscrivibile solo in capo ad una cerchia specifica e determinata di soggetti (derogando, in tal modo, al principio della più ampia partecipazione);
- il requisito sia pertinente rispetto alla prestazione richiesta (altrimenti ne potrebbe essere contestata la logicità);
- il requisito non sia sproporzionato (così risultando quando ecceda oltremodo la prestazione oggetto di gara, richiesta all’offerente).

Un’attenta verifica di tali condizioni (operata *ex ante*) limiterebbe, ulteriormente, le ipotesi di contenzioso o, quanto meno, sottrarrebbe l’azione amministrativa a possibili censure.