



**PROGETTO OPERATIVO DI
ASSISTENZA TECNICA ALLE REGIONI
DELL'OBBIETTIVO CONVERGENZA**

Laboratorio:
**Le procedure di appalto: infrastrutture e
acquisizione di beni/servizi**

Avviso Asse VI "Sviluppo urbano sostenibile"
PO FESR 2007-2013



**Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica**

(gennaio – ottobre 2011)

a cura di *Francesco Armenante*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 12 gennaio 2011 n. 104

Sulla falsità di una dichiarazione sostitutiva.

Deve ritenersi falsa la dichiarazione con la quale il legale rappresentante di una impresa partecipante ad una 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 irregolarità.

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - sentenza 17 gennaio 2011 n. 49

Sul divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione delle offerte.

In una gara di appalto, si realizza una commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, quando **elementi di valutazione** specificati nel disciplinare **riguardano caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente**, che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente ed al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, e quindi solo quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta, costituisce erronea applicazione dell'articolo 83 del d. lgs. 163 del 2006.

E' **illegittima la clausola del bando** di gara per l'affidamento di un appalto di servizi **secondo cui la valutazione del progetto**, da parte della commissione giudicatrice, deve essere effettuata sulla base dei seguenti elementi: (...) *4. certificazione di qualità: Max 3 punti (1 punto per ogni certificazione)*"; tale clausola, infatti, determina, sostanzialmente, **l'illegittima commistione tra i requisiti soggettivi di ammissione alla gara ed i criteri oggettivi di valutazione delle offerte**, atteso che la certificazione di qualità attiene esclusivamente all'accertamento dell'idoneità tecnico-organizzativa di un'impresa, misurata secondo *standards* qualitativi di carattere oggettivo, e non già alla rispondenza dell'offerta, nei suoi contenuti tecnici e, in particolare, alle esigenze perseguite dalla stazione appaltante mediante l'indizione della gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 25 gennaio 2011 n. 528

Sulla funzione della firma in calce alla offerta.

La **sottoscrizione dell'offerta**, prescritta dall'art. 74 del Codice dei contratti pubblici, si configura come lo 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 esso contenuta; essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara.

E' legittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto che sia motivata con riferimento al fatto che l'offerta economica è priva di sottoscrizione, a nulla rilevando l'apposizione della controfirma sui lembi sigillati della busta che la contiene; invero, tale modalità di autenticazione della chiusura della busta - talvolta associata o alternativa alla sigillatura con ceralacca, secondo le prescrizioni della legge di gara - mira, diversamente dalla sottoscrizione dell'offerta, che serve a far propria la manifestazione di volontà dell'offerente, a garantire il principio della segretezza dell'offerta e della integrità del plico, richieste ai fini della regolarità della procedura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 28 gennaio 2011 n. 673

Sul collegamento tra le imprese.

Le Amministrazioni aggiudicatrici, al fine di accertare la presenza di un collegamento tra imprese vietato *ex art. 34, comma 2, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163*, debbono eseguire un progressivo accertamento, verificando: a) la sussistenza di situazioni di controllo e collegamento *ex art. 2359 c.c.*; b) ove tale indagine abbia dato esito negativo, dovrà procedersi all'ulteriore verifica "*sulla base di univoci elementi*" se le offerte dei partecipanti alla gara siano "*imputabili ad un unico centro decisionale*"; c) quest'ultima verifica avrà, a sua volta, un duplice oggetto, anch'esso di carattere progressivo: in primo luogo, dovrà verificarsi preventivamente e *ab externo*, cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle varie società partecipanti, se esista, in base ad univoci elementi anche di natura presuntiva, un unico centro decisionale della presentazione e del contenuto di più offerte; d) ove non si raggiunga tale convinzione, dovrà procedersi ad **un'ulteriore verifica**, che si risolva **in un attento esame del contenuto delle offerte**, dal quale possa evincersi l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale, al di là di formali distinzioni, della provenienza delle offerte.

L'eventuale sussistenza di un legame parentale tra imprese può essere rilevante ai fini della dimostrazione del collegamento tra imprese, ove il legame coniugale e familiare in

genere sia accompagnato da elementi di oggettiva partecipazione societaria, anche se distinta, i quali valgono ad evidenziare oggettive situazioni di concentrazione di potere decisionale in capo ad un "gruppo" o "centro di interessi" sostanzialmente unitario.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 3 febbraio 2011 n. 780

Sull'insussistenza del diritto al risarcimento per responsabilità precontrattuale nel caso di revoca di una gara che viola norme imperative.

Non può accogliersi una domanda volta al risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A., quando il contratto non sia stato stipulato, perché una delle parti – anche *in extremis* – ha rilevato che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative; invero, la P.A., quando abbia posto in essere trattative per addivenire alla stipula di un contratto da concludere a seguito di un procedimento ad evidenza pubblica, può senz'altro recedere dalle trattative senza incorrere in alcuna responsabilità nel caso in cui il procedimento sia stato indetto in contrasto con norme imperative, non potendosi in tale ipotesi ravvisare un 'ragionevole affidamento', giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

L'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative e precisamente: a) deve interrompere la trattativa privata avviata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica; b) deve annullare gli atti della gara ad evidenza pubblica, se il previsto contratto di per sé risulta in contrasto con una norma imperativa.

TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. I - sentenza 4 febbraio 2011 n. 210

Sulla legittimità della revoca di una gara per il venir meno della copertura finanziaria.

Nel caso di revoca d'ufficio di un atto endoprocedimentale facente parte di una gara d'appalto (nella specie si trattava della revoca di una procedura negoziata, senza che peraltro fosse intervenuta **l'aggiudicazione provvisoria**) **non è richiesta alcuna comunicazione di avvio del procedimento**, dovendosi ritenere che la stazione appaltante sia obbligata al rispetto delle garanzie partecipative solo quando l'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, in ragione della posizione di vantaggio che solo quest'ultima costituisce in capo all'impresa aggiudicataria. Gli atti endoprocedimentali (quali sono quelli di una gara di appalto *in itinere*), avendo effetti instabili ed interinali, non sono idonei a generare nei partecipanti una posizione consolidata di vantaggio, con la conseguenza che sull'Amministrazione, la quale intende esercitare il potere di autotutela, incombe un onere di motivazione fortemente attenuato circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla

determinazione negativa attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi, in base ai quali si ritiene di non dare corso ulteriore al procedimento.

La mancanza della copertura finanziaria rende doveroso il ritiro degli atti di indizione della gara; tale ritiro rappresenta l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria.

Deve ritenersi che il requisito della colpa non sussista ed il risarcimento non spetti nel caso in cui la P.A. che ha indetto la gara abbia correttamente e doverosamente vigilato sulla persistenza della copertura finanziaria del servizio, ritirando tempestivamente gli atti di gara non appena avuta conoscenza del venir meno della stessa.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - sentenza 7 febbraio 2011 n. 1099

Sulla possibilità o meno di regolarizzare ex post dichiarazioni sostitutive prive della copia dei documenti di identità di alcuni dei dichiaranti.

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture, disposta in favore di una ditta che ha 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 soltanto uno 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 di evidenza pubblica.

TAR VENETO, SEZ. I - sentenza 9 febbraio 2011 n. 220

Sui presupposti per la legittimità della verbalizzazione postuma delle sedute di gara.

Non viola l'art. 79 del Codice dei contratti pubblici **la verbalizzazione**, da parte della commissione giudicatrice di una gara di appalto, **delle operazioni di gara in modo non contestuale rispetto** ai tempi ed alle modalità di effettivo svolgimento delle stesse; infatti, la commissione giudicatrice di una gara d'appalto ben può redigere un unico verbale delle sedute svolte, atteso che non vi è alcuna disposizione normativa che preclude tale modalità di verbalizzazione. E' quindi legittimo l'accorpamento in un unico atto della verbalizzazione di varie sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara.

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I - sentenza 11 febbraio 2011 n. 449

Sui casi in cui è ammessa la regolarizzazione della documentazione ex art. 46 del Codice dei contratti pubblici nelle gare di appalto.

Legittimamente la P.A. appaltante ammette una ditta alla **regolarizzazione** prevista dall'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 **nel caso in cui la irregolarità riscontrata derivi da una clausola del bando equivoca** (nella specie il bando prevedeva che "*pena l'esclusione, tutte le fideiussioni devono essere accompagnate da autenticazione notarile della firma del sottoscrittore*"; poiché tale clausola, secondo la sentenza in rassegna, non era inequivoca - atteso che non richiama 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).

La **regolarizzazione** nelle gare di appalto è ammessa 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**. Ai sensi del citato art. 46, ciò che alla stazione appaltante **resta sicuramente precluso è sopperire**, con la regolarizzazione, **alla totale mancanza** di un documento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 14 febbraio 2011 n. 942

Sulla illegittimità del diniego di accesso agli atti di gara richiesto da una ditta partecipante motivato con riferimento al fatto che il suo ricorso è stato dichiarato improcedibile.

Il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa; ciò significa che il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche se l'interessato non possa più agire, o non possa ancora agire, in sede giurisdizionale, in quanto l'autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità di utilizzare gli atti richiesti in un giudizio.

E' illegittimo il provvedimento con il quale è stato negato il rilascio di copia degli atti relativi ad una gara di appalto richiesto da una ditta che aveva partecipato alla gara stessa, motivato con riferimento al fatto che la ditta in questione aveva proposto un ricorso nel frattempo dichiarato improcedibile, atteso che è da ritenere del tutto irrilevante quale sia stata la sorte del giudizio, avente ad oggetto la gara, da cui è derivata la richiesta di accesso (risultando, quindi, ininfluenza verificare lo stato del relativo giudizio).

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - sentenza 18 febbraio 2011 n. 287

Sulla illegittimità del diniego di accesso agli atti di una gara di appalto motivato con riferimento al fatto che sono in corso indagini penali.

E' **illegittimo il diniego** opposto dalla P.A. ad un concorrente ad una gara di appalto, in merito ad una domanda di accesso tendente ad ottenere copia degli atti della gara, che sia motivato con riferimento al fatto che **sono in corso indagini penali**, e che gli atti, con decreto del G.i.p., sono stati sottoposti a sequestro preventivo *ex art.* 321 c.p.p., nel caso in cui non sussista la prova del fatto che i medesimi atti siano stati effettivamente sottoposti a sequestro; infatti, il segreto istruttorio di cui all'art. 329 c.p.p. non costituisce un motivo legittimo di diniego all'accesso dei documenti fintantoché gli stessi siano nella disponibilità dell'amministrazione e il giudice che conduce l'indagine penale non li abbia acquisiti con uno specifico provvedimento di sequestro.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 febbraio 2011 n. 1082

Sulla composizione delle commissioni di gara.

In tema di composizione delle commissioni della gare d'appalto, l'art. 84, comma 8, d. lgs. n. 163 del 2006, è espressione del principio per cui i commissari devono essere "*periti peritorum*" della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio ed il possesso dei requisiti richiesti deve essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi devono formulare il loro giudizio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 22 febbraio 2011 n. 1090

Sui presupposti per contestare il giudizio sulle offerte anomale.

Per il **giudizio** della stazione appaltante in sede di verifica delle **offerte anomale** (esplicazione paradigmatica di discrezionalità tecnica), sussiste l'obbligo della commissione di gara di motivare in modo completo ed approfondito solo nel caso in cui esprima un giudizio negativo, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia che confermi la già disposta aggiudicazione, potendo in tal caso la motivazione trovare sostegno anche *per relationem* nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 22 febbraio 2011 n. 1094

Sulla legittimità del punteggio numerico e sulle formalità nella redazione dei verbali di gara.

E' legittima la gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel corso della quale sono stati espressi **giudizi in forma numerica**, nel

caso in cui la *lex specialis* preveda **una congrua griglia di criteri e sub-criteri di valutazione, suddividendo il punteggio complessivo in punteggi parziali**, riflettenti diversi parametri tecnici, con una previsione idonea a limitare la discrezionalità della Commissione di gara in relazione alla valutazione qualitativa delle offerte e, quindi, a suffragare adeguatamente la motivazione dei giudizi qualitativi, tradotta in punteggi numerici.

Nelle procedure di gara, le eventuali lacune dei verbali possono causare l'invalidità dei verbali stessi solo nel caso in cui esse riguardino aspetti dell'azione amministrativa la cui conoscenza risulti necessaria per poterne verificare la correttezza, mentre quelle che riguardano aspetti diversi e non determinanti danno invece luogo a mere irregolarità formali, non idonee a comportare l'illegittimità dell'atto che tali omissioni presenti.

Non determina illegittimità delle operazioni di una gara di appalto l'omessa precisazione nei verbali dell'**orario di inizio e conclusione delle operazioni**, ove i verbali stessi abbiano dato comunque atto della lettura della documentazione tecnica contenente le specifiche tecniche ed organizzative dei servizi proposti, risultando in tal caso "*per tabulas*" che il tempo dedicato alla disamina di detta documentazione non poteva essere stato palesemente insufficiente, considerato che la lettura di numerosi atti richiede tempi certamente rilevanti.

La **mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte negli intervalli di tempo tra le varie sedute di gara non costituisce di per sé motivo di illegittimità dei verbali e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara**, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 28 febbraio 2011 n. 1247

Sull'interpretazione delle clausole di esclusione.

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 di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 8 marzo 2011 n. 1446

Sulla valenza dell'aggiudicazione provvisoria.

Nelle gare di appalto, **l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale**, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che **la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva**; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario

provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 10 marzo 2011 n. 1553

Sulla ammissibilità di una offerta inserita in una busta pervenuta solo parzialmente chiusa e controfirmata sui lembi.

Nelle gare di appalto, l'onere di sigillatura delle buste può ritenersi assolto anche 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 dal 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 chiusura. 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.

Nel caso in cui la *lex specialis* prescriva, a pena di esclusione, che il plico contenente l'offerta deve pervenire "sigillato" e controfirmato sui lembi, **va esclusa dalla gara una offerta inserita in una busta solo parzialmente chiusa** anche se controfirmata sui lembi.

TAR SARDEGNA, SEZ. I - sentenza 10 marzo 2011 n. 212

Sull'applicabilità del principio di pubblicità delle operazioni di gara anche nel caso di procedura negoziata mediante cottimo fiduciario.

E' illegittima l'aggiudicazione di una procedura negoziata *ex artt.* 125, comma 11 e 253, comma 22, lett. b), del Codice dei contratti pubblici, per l'affidamento, mediante cottimo fiduciario, di un incarico professionale di studio, nel caso in cui le operazioni di gara si siano svolte in un'unica seduta non pubblica; infatti, **il principio di pubblicità delle operazioni di gara** - che risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni stesse - **opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata** e quindi anche in relazione ai cottimi fiduciari.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE, SEZ. I - sentenza 11 marzo 2011 n. 159

Sulla illegittimità della clausola di un bando di gara che prevede, a pena di esclusione, l'obbligo per i concorrenti di presentare la documentazione amministrativa e l'offerta esclusivamente mediante moduli predisposti dalla stazione appaltante.

E' **illegittima**, per violazione degli artt. 73, c. 4, e 74, c. 3 del D.lgs. n. 163 del 2006 (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 dalla P.A. ed il divieto della compilazione digitale degli schemi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 16 marzo 2011 n. 1617

Sulla necessità, nel caso di gara di appalto che si è svolta in più sedute successive, di fare espressa menzione delle cautele adottate per garantire la segretezza delle buste.

In materia di gare di appalto, nel caso in cui la valutazione delle offerte tecniche si sia svolta in più sedute, **sono illegittime le operazioni di gara ove nei verbali non siano state indicate le operazioni relative alla chiusura e alla custodia dei plichi tra una seduta e l'altra e non sia stato indicato il soggetto responsabile della custodia dei plichi** od un consegnatario degli stessi, ed anzi risulti provato che nessuna cautela idonea a garantire l'integrità e la perfetta conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche sia stata adottata. In tal caso, infatti, la commissione giudicatrice non ha adempiuto al preciso obbligo di predisporre particolari cautele a tutela della integrità e della conservazione dei plichi, di cui deve fare esplicita menzione nel verbale di gara, a pena di illegittimità delle relative operazioni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 7 aprile 2011 n. 2151

Sul divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici.

Il rinnovo tacito dei contratti della P.A. altro non è che una forma di trattativa privata che esula dalle ipotesi ammesse dal diritto comunitario.

Il **divieto di rinnovo tacito dei contratti della P.A.**, pure se fissato dal legislatore in modo espresso con riguardo agli appalti di servizi, opere e fornire, **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.

TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. III - sentenza 7 aprile 2011 n. 854

Sull'illegittimità della esclusione per violazione e falsa applicazione dell'articolo 46 del decreto legislativo 163/2006 e dell'articolo 6 della legge 241 del 1990 sull'obbligo del cosiddetto "soccorso istruttorio".

Ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, i criteri disposti ai fini dell'integrazione documentale possono riguardare esclusivamente chiarimenti in ordine alla documentazione prodotta per sanare eventualmente mere irregolarità formali, e non la violazione di precise e chiare prescrizioni del bando, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della "par condicio" dei concorrenti, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 18 aprile 2011 n. 2366

Sulla possibilità di regolarizzazione di una autodichiarazione corredata da una copia del documento di identità la cui validità sia scaduta.

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, **doendosi piuttosto farsi applicazione delle regole generali in materia di dichiarazioni sostitutive** (art. 71 del d.P.R. 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 "*questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione*", atteso peraltro che l'art. 77-bis del citato d.P.R. estende espressamente alla materia delle gare per l'affidamento di pubblici appalti la disciplina dettata in tema di dichiarazioni sostitutive.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 19 aprile 2011 n. 2404

Sulla procedura negoziata senza pubblicazione del bando indetta per ragioni tecniche.

Il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 163/2006, previsto allorquando "*per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela dei diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato*", **presuppone una effettiva indagine conoscitiva volta a verificare sul mercato la platea degli operatori in grado di fornire il prodotto od il servizio richiesto**; in tal caso la scelta della procedura negoziata presuppone l'esistenza di una sola impresa in grado di fornire l'apparecchiatura richiesta (nella specie si trattava di un autoproduttore di ossigeno medicale con i requisiti voluti dall'Azienda ospedaliera) e sussiste quindi l'onere della P.A. di dimostrare la "unicità" del fornitore.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 27 aprile 2011 n. 2478

Sulla necessità di rigorosa osservanza delle formalità prescritte dal bando.

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.

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - sentenza 29 aprile 2011 n. 808

Sulla illegittimità della nomina della commissione di una gara di appalto avvenuta prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara, nel caso in cui la commissione giudicatrice sia stata nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle domande; infatti, la regola, attualmente codificata all'art. 84, comma 10, del codice, della **necessaria posteriorità della nomina dei componenti della commissione di gara rispetto alla data fissata per la presentazione delle offerte**, è tassativa ed inderogabile e deve ritenersi espressione di un principio di ordine generale, rispondendo ad esigenze di buona amministrazione e imparzialità dell'attività della P.A., nel rispetto di una compiuta osservanza dell'obbligo di garantire parità di condizioni tra i concorrenti ed evitare condizionamenti e collusioni di sorta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 3 maggio 2011 n. 2646

Sul contenuto della comunicazione dell'aggiudicazione di una gara di appalto, ex art. 79.

Nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, **la comunicazione dell'aggiudicazione non può rappresentare uno strumento idoneo a determinare la piena conoscenza ed a fare quindi decorrere il termine per l'impugnazione nel caso in cui non rechi la compiuta indicazione di tutti gli elementi richiesti dall'art. 79 del codice dei contratti**; in particolare, la comunicazione, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, non può limitarsi ad indicare l'aggiudicatario e l'importo, ma deve indispensabilmente contenere anche gli elementi connotanti l'offerta prescelta.

Nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, **la comunicazione mediante telefax non può rappresentare uno strumento idoneo a determinare la piena conoscenza dell'aggiudicazione e/o di un atto o documento, nel caso in cui non sia stata espressamente autorizzata dal concorrente**; infatti, in base alla disposizione normativa di cui al comma 5 bis del citato art. 79, la comunicazione a mezzo fax degli atti di una procedura di evidenza pubblica è consentita solo se espressamente autorizzata dal concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 6 maggio 2011 n. 2713

Sulla legittimità della revoca dell'affidamento di un pubblico servizio motivata con riferimento alla possibilità di svolgere in proprio il servizio.

E' **legittimo il provvedimento** con il quale un Comune ha **revocato in autotutela l'aggiudicazione** di un servizio pubblico (nel caso di specie, si trattava del servizio di accertamento e riscossione delle entrate comunali), motivato con riferimento all'**accertata opportunità di svolgere il servizio stesso con le proprie strutture interne** e di contenere, quindi, le spese di gestione, nel caso in cui l'adozione del provvedimento sia stata preceduta da una specifica istruttoria, dai cui esiti è risulta supportata la valutazione puntuale della stazione appaltante della possibilità di affrontare la gestione del servizio mediante una riorganizzazione dell'ufficio dei tributi, idonea ad assicurare un risparmio annuale ingente (nella specie, di oltre 300.000 euro); in tal caso, infatti, la revoca costituisce una scelta organizzativa e gestionale che appartiene alla sfera del merito amministrativo, non sindacabile in assenza di profili di sviamento apprezzabili in sede di legittimità.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - sentenza 10 maggio 2011 n. 4081

Sulla legittimità del rigetto di una domanda tendente ad ottenere copia degli atti di una gara, avanzata da una ditta che non ha partecipato alla gara stessa.

E' **legittimo il rigetto di una istanza ostensiva** tendente ad ottenere copia degli atti di una gara di appalto **avanzata da una ditta che non ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica**, che sia motivata con riferimento alla volontà di impugnare gli atti richiesti in ostensione, di ottenere la rinnovazione della procedura concorsuale e di parteciparvi; infatti, in tema di diritto di accesso agli atti delle gare di appalto, il comma 6, dell'art. 13 del Codice dei contratti pubblici, collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso ovvero debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza di accesso è formulata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 12 maggio 2011 n. 2841

Sulla sanabilità delle irregolarità diverse dalla falsità.

Sull'illegittimità della ipervalutazione del fattore tempo.

Ove in sede di dichiarazione sostitutiva prodotta in sede di gara sia stato allegato un **documento di identità scaduto, la stazione appaltante non può disporre l'esclusione, ma può solo invitare la ditta interessata a regolarizzare la dichiarazione**, al fine di assicurare la sua conformità formale al paradigma legislativo. Debbono infatti ritenersi sanabili le irregolarità diverse dalla falsità in ragione della

funzione che la dichiarazione di cui trattasi esplica, e cioè di assicurare la paternità della dichiarazione. In questi casi viene in rilievo l'art. 71, terzo comma, del D.P.R. n. 445 del 2000, il quale prevede che «*qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili di ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito*».

Nel caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è **illegittimo** il criterio previsto dal bando che finisce per **attribuire un quarto del punteggio complessivo al fattore tempo**, in tal modo rendendo tale fattore determinante e fortemente svilendo la componente tecnica e quella del prezzo, i cui elementi di valutazione sono preminenti nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 13 maggio 2011 n. 2905.

Sulla necessaria previsione della clausola di equivalenza.

Nel caso in cui il bando di una gara di appalto per l'aggiudicazione di forniture preveda espressamente che, in sede di scrutinio delle offerte tecniche da parte della commissione di gara, "*saranno comunque prese in considerazione ed opportunamente valutate proposte di prodotti in grado di garantire le medesime prestazioni delle apparecchiature specificate negli allegati al presente capitolo*", è legittima l'aggiudicazione in favore di una ditta che ha offerto attrezzature che, pur non essendo corrispondenti alla descrizione degli allegati tecnici del capitolato, siano comunque idonee ad assicurare alla stazione appaltante le medesime prestazioni dei prodotti specificamente richiesti dalla *lex specialis*; in tal caso, infatti, il criterio utilizzato dalla P.A. è quello delle equivalenza delle prestazioni tra i diversi prodotti, con la conseguenza che, in sostanza, la stazione appaltante, pur indicando negli allegati del capitolato una certa tipologia di apparecchiature, non si è preclusa la possibilità di ottenere e valutare proposte di prodotti ulteriori, egualmente idonei ad assicurare alla amministrazione le prestazioni richieste.

TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA, SEZ. I - sentenza 18 maggio 2011 n. 435

Sui requisiti procedurali e sulla motivazione della revoca.

La revoca dell'aggiudicazione richiede l'avviso di avvio del procedimento, nel caso in cui risultanze della procedura siano state approvate e la relazione fra le parti sia entrata già nella fase paritetica dell'esecuzione delle prestazioni, senza che, in tal caso, sia neppure applicabile il disposto dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990.

La revoca di una gara di appalto non – specialmente dopo la stipula del contratto – abbisogna di puntuale ed accurata motivazione sulla sopravvenuta diversa valutazione dell'interesse pubblico che ne aveva consigliato l'indizione (in applicazione del principio nella specie la revoca della gara è stata ritenuta illegittima, atteso che la motivazione della revoca non era puntuale né accurata, non essendo esplicitate le ragioni che avrebbero imposto la riorganizzazione del servizio).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 25 maggio 2011 n. 3139

Sul regime di pubblicità anche delle rettifiche del bando.

In tema di gare di appalto, deve ritenersi che, in via generale, **ogni rettifica del contenuto del bando di gara**, nonché degli atti ad esso allegati (nella specie si trattava della rettifica del capitolato speciale) **sia priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti alla gara ove non sia stata portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando**; tale statuizione è espressione del principio di reciproca correttezza che deve improntare i rapporti tra stazione appaltante ed imprese partecipanti alla selezione, correttezza idonea a fondare l'affidamento del privato.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I - sentenza 20 giugno 2011 n. 3259

Sulla esclusione per omessa produzione del capitolato speciale di appalto.

E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che, in contrasto con quanto richiesto espressamente da una clausola del bando, ha prodotto il capitolato speciale, timbrato e sottoscritto per accettazione su ogni pagina, soltanto nella busta contenente la documentazione amministrativa, e non anche nella busta contenente la documentazione tecnica; infatti, **la clausola del bando secondo la quale il capitolato speciale di appalto, timbrato e sottoscritto per accettazione su ogni pagina, deve essere prodotto inserendolo in entrambe le buste**, e, quindi, secondo la quale è richiesta la produzione per due volte, in due buste diverse, del medesimo documento, **costituisce un onere**, posto a carico dei concorrenti, che si pone **in contrasto con i principi di adeguatezza, proporzionalità e non aggravamento delle procedure concorsuali**.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 23 giugno 2011 n. 3803

Sulla necessità di indicazione nel verbale le cautele adottate.

Sono illegittimi gli atti di una procedura di evidenza pubblica, nel caso in cui nei verbali di gara non siano indicate le concrete cautele osservate dalla commissione giudicatrice, ai fini della conservazione, tra l'altro, dei plichi contenenti le offerte tecniche,

successivamente alla apertura degli stessi; infatti, la **commissione di gara è tenuta ad adottare le cautele idonee a garantire la segretezza degli atti ed a prevenire rischi di manomissioni, indicando puntualmente nel verbale tali cautele e dando atto della integrità dei plichi.**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 23 giugno 2011 n. 3809

Sui requisiti di partecipazione.

I bandi di gara d'appalto per gli affidamenti dei servizi pubblici possono prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice la fissazione di requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge ed in particolare possono pretendere l'attestazione di requisiti di capacità tecnica, diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione in albi o elenchi.

I **requisiti ulteriori** rispetto a quelli previsti dalla legge, fissati nei bandi di gara, **sono ampiamente discrezionali, inpingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo** che non siano **"ictu oculi" manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrari o sproporzionati** con riguardo alla specificità dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non precostituire situazioni di privilegio.

I **bandi di gara, quali atti generali**, rivolti ad un numero imprecisato di destinatari, **si sottraggono all'obbligo di motivazione.**

E' legittima la clausola del bando per l'affidamento della gestione in concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, nella parte in cui prevede il possesso, a pena di esclusione, del requisito di aver svolto, per almeno un triennio continuativo nell'ultimo quinquennio antecedente la data della gara, i servizi appaltandi, in uno o più comuni con popolazione pari o superiore a 90.000 abitanti, anche se tale clausola finisce per prevedere un ulteriore requisito di partecipazione, oltre quello già previsto dalla legge (iscrizione all'Albo per l'accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali, ex art. 53 del D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, e D.M. 11 settembre 2000, n. 289).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 23 giugno 2011 n. 3812

Sul diritto di accesso ai pareri legali.

E' illegittimo il diniego di accesso espresso da un ente locale in merito ad una istanza ostensiva tendente ad ottenere copia di un parere legale ottenuto dall'amministrazione, nel caso in cui non sia dimostrato che detto parere sia stato acquisito in relazione ad una lite già in atto, o a una fase evidentemente precontenziosa o di lite potenziale al fine di definire la futura strategia difensiva dell'ente, bensì relativamente ad una mera fase endoprocedimentale amministrativa.

L'art. 13, comma 5, lettera "c", del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui sono esclusi dal diritto di accesso i "pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del precedente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relativa ai contratti pubblici") deve essere interpretato restrittivamente, trattandosi di norma eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alle ordinarie regole in materia di accesso, e quindi, come riferibile alla sola fase di stipulazione dei contratti pubblici di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 163/2006 e non a tutta quella anteriore. Tale norma non è pertanto applicabile nel caso in cui l'accesso sia finalizzato alla predisposizione di difese nel giudizio relativo alla impugnazione dei provvedimenti di annullamento in autotutela della aggiudicazione dell'appalto e comunque relativi alla fase di scelta del contraente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 5 luglio 2011 n. 4029

Sull'utilizzo della modulistica predisposta dalla stazione appaltante e sul principio del favor participationis.

Nelle gare di appalto, in applicazione del principio del "*favor participationis*" e di tutela dell'affidamento, non può procedersi all'esclusione di un'impresa per omissione di una delle dichiarazioni prescritte nel caso in cui l'impresa stessa abbia reso le dichiarazioni in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare di gara costituire oggetto di richiesta di integrazione.

Non può pertanto essere disposta la esclusione dalla gara a causa della mancata produzione di un documento non previsto dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante, di una impresa che abbia fatto incolpevole uso della modulistica stessa, potendo in tal caso la stazione appaltante solo invitare la impresa interessata ad integrare la documentazione carente.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. III - sentenza 15 luglio 2011 n. 4332

Sulla competenza all'esame delle giustificazioni e sul "plenum" della Commissione di gara.

Non può ritenersi compito del responsabile unico del procedimento (RUP), in una gara con la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta in quanto è la Commissione che deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche eventualmente sulla base di una relazione tecnica redatta dal RUP. Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta.

E' legittimo l'operato della Commissione giudicatrice, nel caso in cui il Presidente del seggio di gara, quando ha dato lettura dell'offerta economica ed ha assegnato il relativo punteggio, ha svolto una funzione priva di contenuti di discrezionalità, a nulla rilevando la circostanza che in quella seduta la Commissione giudicatrice non fosse nella sua integrale composizione per l'assenza del membro esterno.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 25 luglio 2011 n. 4450

Sulla illegittimità della composizione della commissione di gara.

E' illegittimo, per violazione dell'art. 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il procedimento di gara, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione, nel caso in cui abbia fatto parte della relativa commissione, quale membro esperto, un soggetto che abbia provveduto, tra l'altro, alla preparazione degli atti di gara, alla perizia di stima del valore degli impianti e all'analisi economico-patrimoniale del servizio.

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA - sentenza 28 luglio 2011 n. 13

Sul principio della pubblicità delle operazioni di gara.

Anche negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere in seduta pubblica trova applicazione con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica.** Invero, la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma

anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato.

E' illegittima la clausola del bando che prevede, per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, così come per quella di valutazione delle stesse, una seduta riservata, atteso che all'apertura delle buste delle offerte tecniche, come per quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, deve procedersi in seduta pubblica.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 25 agosto 2011 n. 4806

Sul principio di pubblicità e sull'illegittimità dell'apertura dei plichi in seduta segreta.

E' principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente **è da valutare illegittima l'apertura in segreto di plichi**.

Sulle ragioni dell'illegittimità della procedura di gara per violazione del principio di pubblicità nella fase di apertura dei plichi

Il mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute della Commissione, con riguardo alla fase dell'apertura dei plichi contenenti le offerte e delle buste contenenti le offerte economiche dei partecipanti, **integra un vizio del procedimento che comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara**, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali dev'essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato.

TAR SICILIA - CATANIA SEZ. III - sentenza 26 agosto 2011 n. 2126

Sulla illegittimità della composizione della commissione con un numero di componenti pari.

E' illegittima una Commissione giudicatrice di una gara di appalto, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **composta da quattro**

componenti (e, quindi, con un numero pari di componenti), uno dei quali abbia assunto “anche”, cioè in aggiunta, la funzione di segretario verbalizzante; in tal caso, infatti, la composizione della Commissione giudicatrice viola l’art. 84, comma 2, d. lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) secondo cui la medesima commissione deve essere composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 1 settembre 2011 n. 4905

Sul differimento del diritto di accesso agli atti di gara.

Ai sensi dell’art. 13, commi 1, 2 e 3, d. lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), deve ritenersi **legittimo il differimento** - disposto dalla stazione appaltante **sino all’adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva** - del diritto di accesso esercitato da un concorrente, tendente ad ottenere copia dei verbali contenenti le risultanze della sub-procedura a seguito della quale la commissione di gara ha dichiarato l’anomalia e/o la non congruità dell’offerta dallo stesso concorrente presentata.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 5 settembre 2011 n. 4981

Sull’interpretazione delle clausole equivoche.

Tutte le disposizioni che regolano lo svolgimento della gara per la scelta del contraente, contenute nel bando, nella lettera di invito, nel capitolato o nei chiarimenti comunicati con le medesime modalità degli atti di gara, concorrono a formarne la disciplina speciale, sicché, **in caso di equivocità** tra le stesse, in ossequio ai principi di buon andamento dell’azione amministrativa, di imparzialità e di buona fede, **deve essere tutelato l’affidamento degli interessati in buona fede mediante una interpretazione** di esse disposizioni **che favorisca la massima partecipazione alla gara** e che sia conforme all’intento dell’Amministrazione di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi nel rispetto della “par condicio” di tutti i concorrenti.

Sulla legittimità dell’esclusione nel caso di violazione di clausole univoche.

L’esclusione di un concorrente da una gara di appalto per inadempimento delle prescrizioni formali di gara è **doverosa** soltanto **quando tali prescrizioni formali risultino indicate**, nel bando o nella lettera di invito o anche nel capitolato speciale di appalto, **in modo del tutto chiaro; non, invece, quando le stesse prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco.** In quest’ultima ipotesi può

quindi ammettersi che le relative prescrizioni possano essere oggetto di una interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole ed effettivo adempimento dei loro contenuti.

Sul contrasto tra bando e lettera d'invito e tutela di affidamento dei privati.

Allorché la discrasia tra le previsioni del bando, da un lato e della lettera di invito, dall'altro, abbia comportato violazione dell'affidamento dei concorrenti destinatari della lettera stessa (ai quali abbia dettato specifiche prescrizioni, in parte diverse da quanto contenuto nel bando che indica in via generale quali siano i requisiti da possedere a pena di esclusione) e nell'ipotesi che le prescrizioni contenute nella lettera di invito non siano tali da comportare violazioni della par condicio o lesione di interessi sostanziali della stazione appaltante, **legittimamente l'Amministrazione non dispone l'esclusione delle imprese che si sono attenute fedelmente alle prescrizioni contenute nella lettera di invito, consentendo l'integrazione della documentazione prescritta a pena di esclusione dal bando.**

Sulla regolarizzazione ex art. 46 del d.lgs. 163/2006.

L'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi deve essere conciliata con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, sicché l'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prescrive che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, per dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione, è da ritenersi applicabile anche alle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di partecipazione.

TAR VENETO SEZ. I - sentenza 13 settembre 2011 n. 1376

Sul principio della tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti.

L'art. 46, comma 1 bis, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, aggiunto dall'art. 4, 2° comma, n. 2, lett. "d" del D.L. n. 70 del 2011, il quale ormai **prevede il principio della tassatività delle cause di esclusione** dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla P.A, pur non essendo stato formulato in maniera chiarissima, **sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti**, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma, condotta secondo criteri sistematici, induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare **l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi; ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti**

non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito.

Sulla legittimità della esclusione di un concorrente motivata con riferimento alla prestazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente.

E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto disposta nei confronti di una ditta in ragione della presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis, ovvero una cauzione incompleta, e non già assente, atteso che, in tal caso, la ditta interessata non può essere automaticamente estromessa dalla gara, ma deve essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto; infatti, l'art. 46, comma 1-bis del D. Lgs n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del D.L. n. 70 del 2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario.

TAR LIGURIA - GENOVA SEZ. II - sentenza 22 settembre 2011 n. 1396

Sull'esclusione automatica di una ditta da una gara per la prestazione di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello previsto dal bando.

E' illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta stessa ha presentato una cauzione provvisoria di importo insufficiente rispetto a quello previsto dal bando; in tal caso, infatti, la ditta interessata non può essere automaticamente estromessa dalla gara, atteso che l'art. 46, comma 1-bis del D. Lgs n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), aggiunto dall'art. 4, 2° comma, n. 2, lett. "d" del D.L. n. 70 del 2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non sembra rientrare la prestazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente.

TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. III – sentenza 26 settembre 2011 n. 1676

Sul certificato generale del casellario giudiziale del responsabile tecnico.

È legittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che, in contrasto con quanto richiesto espressamente da una clausola del bando in ordine alla produzione del certificato generale del casellario giudiziale del "responsabile tecnico, qualora quest'ultimo sia figura professionale prescritta dalla legge ai fini dell'esercizio dell'attività", abbia prodotto solo quello del legale rappresentante e non quello del responsabile tecnico preposto con atto formale.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 28 settembre 2011 n. 5407

Sulla legittimità della valutazione solo dei pregressi servizi identici a quello da affidare.

Ove il bando di gara per l'affidamento di un appalto di pubblico servizio con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa **non contenga alcuna clausola volta a consentire**, in sede di valutazione delle offerte, **l'apprezzamento del progresso svolgimento di servizi analoghi a quello da affidare**, e consenta, invece, **l'apprezzamento dei soli servizi relativi all'oggetto specifico della procedura di evidenza pubblica** (nella specie si trattava dei servizi di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni), è **legittimo** l'operato della commissione giudicatrice che ha attribuito all'offerta della ditta interessata esclusivamente **il punteggio previsto dalla lex specialis per il progresso svolgimento del solo servizio da aggiudicare**.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE SEZ. I – sent. 29 settembre 2011 n. 382

Sulla illegittimità della clausola di non aggiudicazione della gara.

E' illegittima la clausola del bando con cui l'Amministrazione si è riservata la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio, atteso che tale clausola contrasta con i principi di correttezza e buona fede, nonché con l'obbligo della stazione appaltante di motivare tale scelta.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. III - sentenza 3 ottobre 2011 n. 5421

Sulla illegittimità di un bando che ha omissis di prevedere l'entità dei costi per la sicurezza.

Ai sensi dell'art. 86, comma 3-bis e dell'art. 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, **gli oneri della sicurezza** – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – **vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso** finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (**adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI**) ed oneri inclusi nell'offerta, ed **aperti quindi al confronto concorrenziale**, concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle offerte rispettive, con conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

Nella predisposizione dei bandi di gara, **i costi relativi alla sicurezza** derivanti dalla valutazione delle interferenze **devono essere, a pena d'illegittimità, specificamente indicati** (ex art. 86, comma 3-bis, del D.Lgs. n. 163/2006) **separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta**, con preclusione di qualsivoglia facoltà di ribasso dei costi stessi (v. l'art. 86, comma 3-ter, del D.Lgs. n. 163/2006), in virtù della preclusione legale di indisponibilità di detti oneri da parte dei concorrenti, trattandosi di costi necessari, finalizzati alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori. Tale principio si applica non solo agli appalti di lavori pubblici, ma anche a quelli di servizi e di forniture.

E' illegittimo il bando (nella specie si trattava di un appalto di servizi) **che ha omissis di prevedere l'entità dei costi per la sicurezza, nè ha comunque previsto l'obbligo per le imprese concorrenti di indicare in sede di offerta i costi della sicurezza** (diversi da quelli risultanti dall'analisi posta in essere in sede di DUVRI) afferenti all'attività svolta da ciascuna impresa, predisponendo, per la presentazione delle offerte, modelli da utilizzarsi dai concorrenti, nei quali, non vi era quindi la possibilità, né materialmente alcuno spazio utilizzabile, per una distinta indicazione dei costi; nè a tali palesi carenze può rimediarsi mediante il ricorso all'istituto dei chiarimenti, di cui all'art. 71 del D.Lgs. n. 163/2006, giacché in tal caso non si tratta certo di fornire "informazioni complementari sui capitolati d'oneri o sui documenti" (come dalla norma stessa previsto), ma di colmare lacune della *lex specialis*, sanabili solo in sede di rinnovo dell'attività di "predisposizione" della gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I TER - sentenza 11 ottobre 2011 n. 7871

Sulla necessità o meno di dichiarare in sede di gara gli oneri economici riguardanti la sicurezza sul lavoro, in mancanza di apposita previsione del bando.

L'inosservanza delle norme dettate dal d.lgs. n. 163 del 2006 che impongono l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica, anche in assenza di una espressa comminatoria della *lex specialis*, la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla Stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa da ritenere, per tale ragione incompleta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ IV, ordinanza 20 ottobre 2011, n. 5658

Rinnovo del procedimento di gara a seguito di illegittima esclusione di un concorrente.

Quando in una gara di appalto, ai fini dell'aggiudicazione, si devono effettuare apprezzamenti di tipo discrezionale, con attribuzione di punteggi corredati a valutazioni di tipo tecnico, l'illegittima esclusione di un concorrente, se accertata dopo l'esame delle offerte, rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento di evidenza pubblica.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 21 ottobre 2011 n. 5641

Sui soggetti nei confronti dei quali va resa la dichiarazione circa il possesso del requisito della moralità professionale.

Ai fini della dichiarazione circa la moralità professionale dell'impresa prescritta dall'art. 38, 1° comma, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, è da escludere che il semplice affidamento di alcuni poteri a dei procuratori speciali valga a qualificarli come amministratori ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., che affida la gestione dell'impresa esclusivamente all'organo amministrativo, sia esso un unico soggetto (amministratore unico) o composto da più persone, componenti del consiglio di amministrazione in caso di sistema monistico o del consiglio di gestione, in caso di sistema dualistico. La richiamata disposizione di legge, infatti, nel richiedere la dichiarazione dell'amministratore, intende indicare non il soggetto meramente dotato di poteri rappresentativi, bensì quello cui spettino compiti decisionali di indirizzo e di scelta imprenditoriale oltre che di rappresentanza della società.

Nel caso in cui il bando di gara richieda, conformemente a quanto previsto dall'art. 38, 1° comma, lett. c) d.lgs. n. 163/2006, una dichiarazione circa la c.d. moralità professionale da parte degli amministratori di una società partecipante alla gara, deve escludersi dal novero dei soggetti obbligati il direttore o i vicedirettori generali (nella specie si trattava di un istituto di credito) che, seppur muniti di potere di rappresentanza, non assumono, in base al dettato dell'art. 2396 c.c. ed in assenza di una specifica previsione statutaria che conferisca poteri decisionali e non solo rappresentativi, la posizione funzionale ed i poteri di indirizzo dell'impresa spettanti agli amministratori per l'attuazione dell'oggetto sociale.

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una impresa che ha acquisito un ramo di azienda, in assenza di una previsione di legge o di una apposita disposizione recata dalla *lex specialis*, non sussiste l'obbligo di dichiarazione ex art. 38, 1° comma, lett. c) d.lgs. n. 163/2006 anche nei confronti degli amministratori della società cedente il ramo d'azienda, atteso che la cessione d'azienda comporta non già una successione a titolo universale del cessionario al cedente, bensì una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 21 ottobre 2011 n. 5638

Sui soggetti tenuti a rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti soggettivi prevista dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

L'individuazione del novero dei soggetti nei cui confronti l'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) pone l'onere di dimostrare l'assenza di fattori pregiudizievoli non è suscettibile di applicazioni estensive. In particolare, per ciò che specificatamente concerne le società di capitali, sulla base del portato letterale dell'art. 38 del codice, l'ambito dell'obbligo deve essere limitato alle due sole categorie degli "amministratori muniti di poteri di rappresentanza" ovvero del "direttore tecnico", che sono gli unici soggetti in grado di determinare in concreto le scelte imprenditoriali e gestionali (alla stregua del principio è stata ritenuta legittima l'ammissione in gara di una società che aveva allegato la dichiarazione del proprio direttore tecnico e quella dell'amministratore unico).

La dichiarazione prevista dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici circa il possesso dei requisiti soggettivi non va resa nei confronti di soggetti che risultano, nell'ambito della società, inseriti tra i "titolari di cariche o qualifiche", quali "responsabili degli impianti", atteso che tale qualificazione non si pone sul piano della rappresentanza istituzionale dell'impresa, ma è strettamente limitata all'ambito gestionale del rilascio delle certificazioni ai terzi della conformità degli impianti elettrici, di riscaldamento e climatizzazione, idrosanitari e del gas, nonché degli ascensori realizzati dall'azienda. In particolare, il Responsabile tecnico della società non ha il potere di manifestare la volontà della società stessa verso l'esterno, ma assume per legge la mera responsabilità per l'esercizio della sua specifica attività professionale ed il fatto che la sua responsabilità "tecnica" possa indirettamente ripercuotersi sulla società alle cui dipendenze opera, non pone certamente l'obbligo a suo carico delle dichiarazioni di cui all'art. 38 lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006.

TAR SICILIA - CATANIA SEZ. III - sentenza 24 ottobre 2011 n. 572

Sulla legittimità della clausola del bando di gara che prescrive requisiti di capacità tecnica e professionale diversi da quelli previsti dall'art. 42 del d.lgs. 163/2006.

E' legittima la clausola del bando di una gara per l'affidamento del servizio di cassa della Camera di Commercio nella parte in cui prescrive, in alternativa alla dimostrazione della capacità tecnico-professionale della impresa partecipante mediante la dichiarazione del fatturato pregresso, l'assunzione dell'obbligo ad aprire uno sportello all'interno della sede camerale; infatti, la richiesta di dimostrazione del fatturato pregresso costituisce solo uno dei criteri previsti dall'art. 42, d.lgs. n. 163 del

2006 (codice dei contratti pubblici), al fine di comprovare la capacità tecnica e professionale della ditta partecipante, essendo prevista, nella medesima disposizione normativa una ampia gamma di criteri alternativi, tutti atti a dimostrare il possesso del requisito richiesto. Tra tali criteri, ben può annoverarsi quello prescelto dalla stazione appaltante consistente nell'obbligo ad aprire uno sportello all'interno delle camera di Commercio, impegno che presuppone il possesso di attrezzature, di mezzi tecnici e di risorse umane di cui l'offerente dispone per eseguire l'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 27 ottobre 2011 n. 5740

Sul rapporto tra bando e lettera di invito nelle procedure ristrette

Sulla nomina della Commissione dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte

1. Nelle procedure ristrette vale la regola dell'inderogabilità del bando da parte della lettera d'invito, correlata sia alla funzione meramente integrativa della lettera d'invito rispetto al bando, sia alla necessità che le prescrizioni rese note alla generalità degli aspiranti a partecipare alla gara non possano essere modificate con un atto rivolto alle sole imprese che abbiano chiesto di partecipare. L'applicazione di detta regola comporta che ove la stazione appaltante riscontri una illegittimità ovvero intenda modificare le prescrizioni del bando di gara, non può procedere ad una sua rettifica mediante la lettera d'invito, ma è tenuta ad utilizzare per la modifica lo strumento del *contrarius actus*. Parimenti, quando le illegittimità vengano riscontrate nella lettera d'invito, né l'Amministrazione né la Commissione hanno il potere di emendarla dopo l'apertura delle offerte, avendo solo la possibilità di annullare l'intera gara.

2. Anche se, di regola, il contrasto tra bando e lettera d'invito va risolto in base alla prevalenza del primo, quale *lex specialis* della selezione concorsuale, deve tuttavia ritenersi che, nel caso in cui la difformità tra i due atti sia idonea, in concreto, a pregiudicare l'imparzialità e l'applicazione uniforme delle regole nei confronti di tutti i partecipanti, la gara vada annullata, essendo necessaria la sua riedizione.

3. L'art. 84, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, che impone di nominare la Commissione di gara dopo la scadenza del termine stabilito per la presentazione delle offerte, è espressione di un principio di ordine generale, allo scopo di evitare collusioni tra commissari e concorrenti, ed è applicabile ad ogni specie di competizione.

4. E' illegittima, ai sensi dell'art. 84, comma 10, la nomina della Commissione di gara avvenuta anteriormente al termine stabilito per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando che il termine per la presentazione delle offerte fosse stato originariamente fissato in data anteriore, visto che la regola per cui la costituzione della commissione deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte deve trovare applicazione in concreto, secondo le circostanze del caso e, quindi, il suo rispetto va valutato tenendo conto del termine effettivo di scadenza.

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. III - sentenza 27 ottobre 2011 n. 1857

Sulla inderogabilità del principio dell'unicità dell'offerta

1. In materia di appalti pubblici, il principio della unicità dell'offerta - che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta - risponde non solo alla necessità di garantire l'effettiva "par condicio" dei concorrenti, ma soprattutto a quella di far emergere la migliore offerta nella gara. Invero, la necessità di presentare, in sede di pubbliche gare, una sola offerta con un'unica soluzione tecnica ed un unico prezzo ed il fatto che l'Amministrazione sia tenuta a valutare solo proposte così formulate risponde, da un lato, al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e, dall'altro, all'esigenza di rispettare il principio di imparzialità, poiché la presentazione di più di un'offerta da parte di uno dei concorrenti, attribuendo allo stesso maggiori possibilità di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto attraverso la presentazione di diverse proposte, finirebbe per ledere la *par condicio* fra i concorrenti.

2. In tema di gare di appalto, la violazione del principio di unicità dell'offerta, non può ritenersi sanata dalla circostanza che, in presenza di due diverse proposte contenute nella medesima offerta, la stessa sia stata ricondotta ad unicità dalla commissione disponendo l'esclusione di una delle soluzioni proposte, risolvendosi in tale ipotesi il rispetto della "par condicio" a circostanza meramente eventuale discendente dall'operato della commissione, laddove la "par condicio" va assicurata a monte attraverso l'esclusione della stessa possibilità di presentazione di duplici offerte o di plurime proposte nell'ambito della medesima offerta, la cui inammissibilità non può che condurre alla esclusione del concorrente che le ha formulate dalla gara".

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 2 novembre 2011 n. 5837.

Sui presupposti (eccezionali) per il ricorso alla procedura negoziata e su i presupposti del risarcimento dei danni a favore di un'impresa pretermessa

1. Il ricorso al sistema di scelta del contraente costituito dalla procedura negoziata senza pubblicazione del bando prevista dall'art. 57, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, 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 estensiva.

2. E' possibile derogare alla procedura concorrenziale, "*qualora, 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*". Deve tuttavia ritenersi che: a) ogni deroga deve essere interpretata restrittivamente; b) l'onere di dimostrare che sussistano effettivamente circostanze eccezionali giustificative di una deroga grava sull'Amministrazione che voglia affidare direttamente un appalto; c) la

stazione appaltante deve dimostrare in modo rigoroso che i prodotti offerti da altre imprese siano tali da comportare una incompatibilità, ovvero difficoltà tecniche di uso o manutenzione sproporzionate. L'Amministrazione, quindi, ha l'onere di motivare espressamente circa la sussistenza in concreto dei presupposti giustificativi della deroga. **E la motivazione sulla necessità della trattativa con un unico imprenditore deve essere rigorosa ed immune da vizi logici.**

3. In tema di appalti di forniture, l'Amministrazione, per giustificare il ricorso alla trattativa privata, può individuare particolari caratteristiche tecniche a condizione, però, che la specificazione delle medesime venga effettuata facendo riferimento ad elementi in grado di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; è invece 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 precise.

4. Al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della P.A. Infatti, il privato può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova della sussistenza dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 del codice civile; spetta a quel punto alla P.A. dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, che è configurabile, in particolare, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma di formulazione incerta, di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

5. L'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto può rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale (c.d. danno curricolare), da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare.

TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. II - sentenza 4 novembre 2011 n. 1510.

Sulla tassatività delle ipotesi di esclusione

1. E' legittima, non contrastando con i canoni di ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, la clausola del bando di gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di trasporto scolastico che prevede, a pena di esclusione, la produzione di un titolo idoneo allo svolgimento di un'attività intimamente connessa all'oggetto dell'appalto (nella specie, apposito luogo di ricovero

e/o deposito ad uso rimessa dei mezzi, a distanza non eccessiva - nella specie non superiore a 15 chilometri - dal territorio ove il servizio deve essere espletato).

2. E' legittima l'esclusione da una gara di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico, di una ditta che, in violazione di quanto espressamente richiesto dal bando a pena di esclusione, ha ommesso di produrre tempestivamente, unitamente all'offerta, il contratto di locazione, ovvero il certificato di proprietà attestante la disponibilità di un deposito ad uso rimessa, ubicato ad una determinata distanza dalla sede di espletamento dei servizi - 15 chilometri - atteso che il contratto di locazione o il certificato di proprietà, alla stregua del bando, devono considerarsi elementi essenziali dell'offerta; in tal caso l'esclusione deve ritenersi legittima anche ai sensi del novellato art. 46, comma 1-bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006, sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, che contempla la fattispecie dell'esclusione dei concorrenti per difetto di "elementi essenziali" dell'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 4 novembre 2011n. 5866

Sull'ammissibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva

Ai fini dell'ammissibilità di un ricorso, è sufficiente che sia stato impugnato l'aggiudicazione definitiva, non costituendo causa di inammissibilità del ricorso la mancata impugnazione del verbale di gara (atto meramente endoprocedimentale) con il quale la controinteressata (risultata aggiudicataria) è stata ammessa alla procedura. Anche l'aggiudicazione provvisoria costituisce un atto endoprocedimentale la cui impugnazione è una facoltà ma non un onere, essendo l'atto effettivamente lesivo (da impugnare) quello conclusivo del procedimento dell'aggiudicazione definitiva.

Sul principio di pubblicità delle sedute di gara.

Negli appalti pubblici, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere in seduta pubblica trova applicazione con specifico riferimento anche all'apertura della busta dell'offerta tecnica.** Infatti, la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato.

È illegittima la clausola del bando che prevede, per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, una seduta riservata, atteso che all'apertura delle buste delle offerte tecniche, come per quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, deve procedersi in seduta pubblica, trattandosi di un passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale che deve essere presidiata dalle medesime garanzie previste per l'apertura delle buste

contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

Sull'applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006

La possibile esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto delle imprese che si sono rese responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti rapporti contrattuali, e che per questo non sono considerate affidabili dalla stazione appaltante, non ha carattere sanzionatorio e pertanto per procedere alla esclusione è necessario che l'amministrazione, con atto motivato, dia conto della gravità della negligenza o dell'errore professionale commesso e del rilievo che tali elementi hanno sull'affidabilità dell'impresa e sull'interesse pubblico a stipulare un nuovo contratto con la stessa. La gravità della negligenza o dell'errore professionale deve essere quindi commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre nell'impresa affidataria dell'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

La valutazione sulla rilevanza, ai fini dell'affidamento di un nuovo appalto, della negligenza o dell'errore professionale e quindi sulla sussistenza o meno del requisito di affidabilità, ha quindi carattere discrezionale e, per questo, occorre, come si è già detto, che il provvedimento di esclusione sia adeguatamente motivato con l'indicazione delle ragioni del convincimento circa la mancanza del requisito di affidabilità dell'impresa partecipante alla gara.