



Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

**Rassegna di giurisprudenza su recenti
questioni problematiche in tema di
attività contrattuale della Pubblica
Amministrazione**

**A cura di
Francesco Armenante**

Ottobre 2009

Rassegna di giurisprudenza
su recenti questioni problematiche in tema di attività
contrattuale della Pubblica Amministrazione, di
risarcibilità dei danni per responsabilità
pre-contrattuale, contrattuale ed extra-contrattuale

a cura di

Francesco Armenante

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 30 SETTEMBRE 2008 N. 4699

1. Ciò che rileva a fini di garanzia della collegialità è che non venga a mancare un momento di sintesi e confronto tra le opinioni dei componenti l'organo collegiale: nulla vieta, invece, che ciascuno di essi (soprattutto nella ipotesi in cui il numero delle offerte ed i dati da analizzare e valutare siano imponenti) elabori ed approfondisca i temi oggetto di studio anche eventualmente singolarmente, per poi offrire il contributo del proprio studio alla valutazione collegiale.

2. Nelle gare per l'aggiudicazione di contratti o dei servizi pubblici, svolte secondo **il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, la pubblicità è imposta nella sola fase riguardante l'apertura della busta recante l'offerta economica."

3. Il bando di gara non ha valenza regolamentare ma integra l'ipotesi di atto generale, facendo da tale qualificazione discendere la conseguenza che, "a prescindere dal tipo di illegittimità (nazionale o comunitaria), **il bando di concorso non può essere mai disapplicato**, sussistendo nei suoi confronti esclusivamente l'onere di immediata impugnazione quando esso arrechi un'immediata lesione (ovvero l'annullamento del bando da parte della stessa p.a.).

4. D'altronde, il bando di gara non è un atto a valenza normativa, come invece i regolamenti (per i quali si invoca, al contrario, in quanto tali, il principio della disapplicazione), ma è un atto generale ed **al g.a. non è dato il potere di disapplicare atti amministrativi non aventi valenza regolamentare..**

5. In tema di gara d'appalto per l'aggiudicazione dei contratti delle p.a., **va escluso che debbano essere immediatamente impugnate le clausole del bando o della lettera di invito che non incidano direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla gara, e, dunque non determinino, per lo stesso, un immediato arresto procedimentale; pertanto, non sono suscettibili di impugnazione immediata, le clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte ed attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara nonché alla composizione della commissione giudicatrice.**

6. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa **non presuppone inderogabilmente una puntualizzazione dei criteri di valutazione delle offerte a tal punto dettagliati da predeterminare in maniera rigida e stringente il giudizio sulle singole voci**, quasi a trasformarsi, anche con riferimento alla valutazione del merito tecnico, in un criterio automatico di selezione.

CONS. STATO, SEZ. V, SENTENZA 14 GENNAIO 2009, N. 122

Sussiste il presupposto della colpa della P.A., necessario per accordare il risarcimento dei danni, nel caso in cui l'Amministrazione, dopo l'aggiudicazione di una gara di appalto, abbia disposto la revoca della gara per eccessiva onerosità, ove tale revoca trovi causa diretta nella **irrazionalità intrinseca dei provvedimenti ritirati**, che espongono l'ente ad impegni di spesa del tutto sproporzionati con le esigenze che gli stessi erano destinati a soddisfare, in spregio ai canoni di efficienza e buona amministrazione. In tal caso **il danno risarcibile va determinato in via equitativa in misura pari al 5% dell'ammontare a base d'asta** fissato nell'offerta dell'appaltatore, per i comportamenti tenuti dalla stazione appaltante successivamente all'aggiudicazione della gara.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV - SENTENZA 30 GENNAIO 2009, N. 515

1. Non sussiste il requisito soggettivo della colpa, necessario ai fini della condanna della P.A. al risarcimento dei danni, allorquando la condotta della P.A. sia riconducibile ad una **incertezza interpretativa in ordine alla disciplina applicabile**, confermata da **oscillazioni giurisprudenziali**.

2. Non è connotata da colpa la condotta della P.A. che abbia operato dapprima secondo una comune interpretazione della norma e, in seguito, in ragione di una pronuncia cautelare favorevole, anche se non confermata in sede di merito. In tal caso, infatti, l'Amministrazione ha potuto ragionevolmente confidare, in forza della ordinanza che ne ha mantenuta ferma l'efficacia, sulla legittimità del provvedimento contestato.

CASSAZIONE SEZ. I CIVILE - SENTENZA 6 FEBBRAIO 2009, N. 2991

1. In sede di esame della domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi pretensivi, deve essere valutata, attraverso un giudizio prognostico da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se quest'ultima sia titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole.

2. L'accertata illegittimità della condotta della P.A. non è sufficiente all'affermazione della responsabilità aquiliana, occorrendo altresì che risulti danneggiato l'interesse al bene della vita al quale è correlato l'interesse legittimo dell'istante e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

3. Il comportamento illegittimo dell'Amministrazione, che aggiudichi l'appalto ad altro soggetto violando le regole del procedimento e con lesione dell'interesse legittimo al regolare espletamento della procedura, non può essere considerato comunque fonte di responsabilità aquiliana, occorrendo altresì che risulti danneggiato l'interesse al bene della vita al quale è correlato l'interesse legittimo dell'istante e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo

4. E' legittima la sentenza che respinge la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla società in precedenza affidataria di un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di vigilanza), nel caso in cui in sede giurisdizionale sia stata accertata solo la illegittimità dell'aggiudicazione della gara all'uopo indetta dalla P.A. per errori procedurali, ma non sia stato accertato anche che la precedente affidataria del servizio aveva diritto a conseguire l'aggiudicazione, essendo stato viceversa accertato che la procedura di gara era *ab origine* così radicalmente viziata, da non poter dar luogo nei confronti di alcuno dei concorrenti a situazioni giuridiche suscettibili di tutela.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 10 SETTEMBRE 2008 N. 4309

1. La posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che **in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità contrattuale** prevista dalla norma per avere generato nell'impresa dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione, e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione) potrebbe astrattamente ricorrere una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale: essa costituisce species di quella regolata ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

2. Non è richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. **Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori**, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. **Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, 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, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.**

3. Per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno.

4. Il potere della P.A. di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto incontra un limite insuperabile nei principi di buona fede e correttezza alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a. e nella tutela dell'affidamento ingenerato. Da quanto precede deve ritenersi sussistente la colpa della P.A. che addiuvine alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - SENTENZA 3 MARZO 2009 N. 1206

1. Nel caso di annullamento in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto, per la quantificazione dei danni non può farsi riferimento all'art. 134 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), il quale disciplina una specifica fattispecie (e cioè quella relativa al diritto potestativo dell'Amministrazione di sciogliersi da un contratto in corso), che è diversa da quella relativa ad un'aggiudicazione che è risultata poi essere illegittima. La citata norma, nell'ipotesi prospettata, non può pertanto essere presa in considerazione neppure come parametro di riferimento, essendo completamente diversa la "ratio" che è alla stessa collegata (1).

2. Nel **caso di annullamento** in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto, **il risarcimento del danno non può essere accordato a titolo di responsabilità pre-contrattuale**, in quanto non si è verificata la specifica fattispecie dell'interruzione di rapporti in corso, che abbiano raggiunto una base significativa; in tal caso, invece, sussiste una vera e propria responsabilità extra-contrattuale, trattandosi di comportamento determinatosi al di fuori del contratto e per effetto di un atto illegittimo, che integra un illecito ai sensi dell'art. 2043 del codice civile.

3. Nel caso di **annullamento** in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto, la **quantificazione del danno non può essere individuato**, puramente e semplicemente, **nel mancato guadagno** relativo all'appalto; infatti, a prescindere dal fatto che questo guadagno (utile) non è dimostrabile in via preventiva, se non in modo approssimativo, vi è da considerare che il fatto di essere liberi dalle prestazioni contrattuali ha dato al soggetto ricorrente la possibilità di rendersi disponibile sul mercato, cercando ed eventualmente trovando altre commesse, che possono aver integralmente colmato il danno derivante dal mancato utile.

4. Nel caso di annullamento in s.g. dell'aggiudicazione di una gara, il danno va determinato in forma equitativa, facendo riferimento alla somma posta a base d'asta ridotta della diminuzione percentuale presentata dall'offerente; sulla somma così calcolata deve procedersi al calcolo dell'utile presunto del dieci per cento e ad una successiva riduzione del 50% del totale, a titolo di equità, per la liberazione delle forze dell'impresa che hanno potuto essere destinate ad altre attività.

(1) Dispone l'art. 134 del d. lgs. n. 163/2006 che:

1. La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.

3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo.

(2) Ha precisato la Sez. IV che, secondo il criterio adottato, il risarcimento consiste, quindi, nella metà del dieci per cento della somma posta a base di gara, meno il ribasso percentuale offerto: in termini concreti, se la somma posta base d'asta è 100 e 10 è il ribasso d'asta, il dieci per cento va calcolato su 90, e cioè 9, e questa somma, utile presunto, va ulteriormente ridotta del 50%, avendosi 4,5, risarcimento effettivo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - SENTENZA 17 DICEMBRE 2008 N. 6264

1. E' illegittima la revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto motivata in relazione all'esigenza di salvaguardare i livelli occupazionali in essere, ove tale esigenza non sia stata espressa con un'apposita prescrizione della *lex specialis*, sulla cui base le imprese partecipanti avrebbero potuto correttamente ed in modo consapevole impostare le proprie offerte.

2. Nel caso in cui, **durante la fase formativa di un negozio giuridico**, la P.A. violi il dovere di lealtà e correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte, in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per **responsabilità precontrattuale** ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.

3. Il **danno risarcibile** a titolo di responsabilità precontrattuale della P.A., a seguito della mancata stipula dal contratto, è limitato:

a) al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), nonché

b) al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto.

4. Nel caso in cui la domanda di risarcimento dei danni avanzata dal ricorrente debba essere correttamente qualificata come domanda di risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale, la domanda stessa non può essere accolta ove il ricorrente abbia chiesto in giudizio il risarcimento stesso attraverso la tecnica del c.d. 'decimo' (cfr. l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. 'F', art. 245), dovendo invece il **ricorrente** - nel caso di responsabilità precontrattuale della P.A. - **fornire elementi volti ad individuare e quantificare le spese inutilmente sostenute** nel corso delle trattative in vista del contratto non concluso, o comunque elementi di prova relativo ad ulteriori, possibili occasioni di stipulazione di contratti (altrettanto o maggiormente vantaggiosi rispetto a quello non concluso), i quali sarebbero stati impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte, in tal modo determinando l'obbligo di ristoro sotto il profilo del lucro cessante.

Ha osservato in proposito la Sez. VI che anche se, secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza, la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile nel caso di rottura ingiustificata delle trattative per la conclusione di un contratto, tuttavia non sussistono ragioni sistematiche per escludere la sua configurabilità in ipotesi (quale quella oggetto della controversia) di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, in cui il mancato rispetto dei generali canoni di buona fede e correttezza *in contrahendo* si sia risolto in un'attività nel suo complesso illegittima, la quale abbia *comunque* determinato l'impossibilità del sorgere del vincolo contrattuale (arg. *ex* Cass. Civ., Sez. I, sent. 15 aprile 2008, n. 9906; *id.*, Sez. I, sent. 26 maggio 2006, n. 12629).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - SENTENZA 2 MARZO 2009 N. 1180

1. **L'adempimento previsto dal bando** di gara che onera le imprese a porre i documenti fondamentali (bando, disciplinare, capitolato di gara, bozza di contratto), timbrati e siglati, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, **non può essere surrogato dalla dichiarazione resa dalle imprese concorrenti di accettare integralmente le condizioni e le prescrizioni negoziali**, contenute nel disciplinare e negli altri atti di gara. **Tale adempimento non può considerarsi "meramente ridondante"**, essendo volto ad una assunzione di impegno più puntuale e concreta, basata sulla documentata conoscenza e sull'integrale accettazione delle norme negoziali dell'appalto, la cui complessità mal si presta ad un impegno di adesione del tutto generico, benché formale, in vista del vincolo contrattuale da assumere dopo l'espletamento della gara.

2. L'adempimento previsto dal bando di gara che onera le imprese a porre i documenti fondamentali (bando, disciplinare, capitolato di gara, bozza di contratto), timbrati e siglati, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, **in assenza di una esplicita previsione di esclusione, è suscettibile di regolarizzazione successiva** in attuazione del principio di strumentalità delle forme; in base a tale principio, **l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito: una circostanza, quella appena indicata, almeno in astratto non rilevabile nel caso prospettato.**

3. **E' regola inderogabile**, prevista a tutela della *par condicio* dei concorrenti, **quella secondo cui la commissione di una gara di appalto non può modificare i criteri**, anche discrezionali, fissati nel bando o ad opera della commissione stessa per la valutazione delle offerte, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte. La eventuale **decisione di introdurre ex post ulteriori criteri selettivi**, non previamente fissati, per la valutazione delle offerte, **è dunque da ritenere illegittima**, conducendo alla sostanziale disapplicazione dei vincoli autoimposti al giudizio, con inevitabile lesione della *par condicio* dei concorrenti.

4. Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto alla quale l'impresa ricorrente aveva diritto, il risarcimento per "lucro cessante" può essere direttamente rapportato all'utile che la ricorrente avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata.

5. **Il risarcimento del danno per illegittima aggiudicazione** – in materia di pubblici appalti di lavori e servizi – **è riferito sostanzialmente a quella che si definisce "perdita di chance"**, ovvero al guadagno che l'impresa avrebbe potuto ottenere, in base ad una **ragionevole valutazione di probabilità e alle regole del mercato.**

6. Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto alla quale la ricorrente aveva diritto, va compensato anche il cosiddetto "*danno curriculare*", ovvero la "*deminutio*" di peso imprenditoriale della impresa ricorrente per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire; tale "*deminutio*" può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi economica o imprenditoriale, in termini di difficile determinazione, ma in linea di massima rapportabili a valori percentuali compresi – secondo una stima già ritenuta equa dalla giurisprudenza – fra l'1% e il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 2 MARZO 2009 N. 1148.

L'Amministrazione è **esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7, l. n. 241/90**, relativamente all'informativa antimafia ed al successivo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili di urgenza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - SENTENZA 6 MARZO 2009 N. 1342

1. Nell'attuale assetto normativo, le tariffe professionali di ingegneri e architetti e tra esse, in particolare, anche le tariffe relative alle "prestazioni speciali", non costituiscono più "minimi inderogabili". Ciò discende, anzitutto, dell'entrata in vigore della legge n. 248/2006, che ha comportato il superamento del principio del carattere inderogabile delle tariffe, all'epoca vigente giusta, da ultimo, quanto previsto dall'art. 92 del Codice dei contratti pubblici.

2. E' illegittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante ha escluso da una gara avente ad oggetto l'affidamento della progettazione preliminare e definitiva di opere pubbliche una r.t.i. la quale aveva offerto una riduzione dei minimi di tariffa per le prestazioni speciali (nella specie la r.t.i. aveva offerto un ribasso del 100%); ciò in quanto non solo si tratta di prestazioni cui si correlano tariffe che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha ritenuto derogabili e che lo stesso Legislatore, aderendo agli orientamenti comunitari, ha ritenuto, parimenti, derogabili (senza che, nel frattempo, fossero mutati i presupposti di operatività delle tariffe stesse), ma che, nell'economia complessiva della specifica procedura concorsuale di cui si tratta, non risultano avere assunto rilievo determinante, ben avendo potuto il concorrente modulare in termini ragionevoli la propria offerta, rinunciando ad una parte dei possibili compensi correlati a detti, specifici oneri.

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. III - ORDINANZA 7 MARZO 2009 N. 230

E' illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara pubblica, motivato con riferimento al fatto che la ditta esclusa ha **riportato sull'esterno del plico contenente l'offerta economica una dicitura riguardante la gara** alla quale si intende partecipare differente da quella richiesta dal bando, **nel caso in cui tale violazione del bando non sia espressamente prescritta a pena di esclusione (1)**.

Ha osservato in particolare il T.A.R. che l'indicazione di una dicitura diversa non aveva comportato alcun pregiudizio per gli altri partecipanti, né aveva posto la impresa ricorrente in posizione differenziata, con conseguente violazione della *par condicio* o di imparzialità nelle operazioni di gara, trattandosi di un adempimento solo formale che non incideva né sulla segretezza dell'offerta (a cui presidio era prevista la sigillatura dell'offerta), né sulla riconoscibilità dell'offerente, i cui dati identificativi erano apposti all'esterno del plico, secondo le disposizioni della lettera d'invito. La finalità della prescrizione in ordine alla dicitura impressa sulla busta dei concorrenti era solo quella di facilitare, a soddisfazione dell'obiettivo del buon andamento, le operazioni di raccolta e collazione dei documenti di gara una volta che gli stessi fossero stati recapitati presso la stazione appaltante e per il raggiungimento di tale finalità era sufficiente l'indicazione relativa all'oggetto della gara. La sanzione della esclusione dalla competizione irrogata dalla stazione appaltante in danno della ricorrente è pertanto apparsa sicuramente eccessiva e non proporzionata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 25 FEBBRAIO 2009 N. 1134

1. E' **illegittimo l'operato** di una commissione di gara la quale, dopo avere ritenuto - con apposita attestazione resa a verbale - che **era necessario predeterminare o specificare i criteri** da seguire in sede di valutazione delle offerte, **non abbia fatto ciò prima delle operazioni di valutazione delle offerte**; l'illegittimità si verifica in tale ipotesi a prescindere dalle soggettive valutazioni circa la necessità, o meno, di un intervento integrativo della commissione.

2. E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto ad una impresa nel caso in cui risulti che **l'offerta dalla stessa presentata sia stata aperta**, sia pure per errore, dall'ufficio protocollo, prima di essere consegnata alla commissione di gara, essendo irrilevante il fatto che la busta contenente la offerta ed i relativi allegati anche progettuali sia stata poi richiusa immediatamente. Né rileva, in contrario, la circostanza che l'apertura della busta non sia soggettivamente imputabile né al concorrente, né alla commissione, ma solo a un errore dell'ufficio del protocollo, essendo sufficiente a determinare l'esclusione dalla gara il mero fatto oggettivo dell'apertura di una offerta prima del momento in cui la commissione debba avere cognizione dei relativi contenuti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 2 FEBBRAIO 2009, N. 557

1. In tutti i casi in cui **la gara non venga aggiudicata al concorrente classificatosi al primo posto** (come nel caso di offerta accertata come anormalmente bassa nonostante le giustificazioni), è **corretto che l'Amministrazione appaltante proceda ad assegnare la gara ai concorrenti che seguono nella graduatoria**, dopo avere operato anche nei confronti di esse le obbligatorie valutazioni di congruità sulle relative offerte.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 7 GENNAIO 2009 N. 17

1. E' illegittima la delibera con la quale la stazione appaltante ha annullato in via di autotutela la procedura di gara, allorché erano ormai **noti i nominativi delle imprese partecipanti**, che non sia stata preceduta dalla **comunicazione**, alle imprese partecipanti stesse, dell'**avviso di cui all'art. 7** della l. n. 241/90. Infatti, con la presentazione della domanda di partecipazione e, ancor più, con la predisposizione e l'inoltro dell'offerta, i soggetti concorrenti assumono una posizione differenziata e qualificata che giustifica la posizione di controinteressati ai quali è necessario comunicare l'avviso di avvio del procedimento al fine di consentire la difesa del bene della vita dato dalla *chance* di aggiudicazione.

2. **L'illegittimità** derivante dalla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di annullamento alle imprese partecipanti alla stessa **non può ritenersi sanata ai sensi dell'art. 21 octies**, comma 2, della l. n. 241/90, atteso che, da un lato, il provvedimento di annullamento, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della citata legge, ha carattere discrezionale e che, dall'altro, l'Amministrazione non ha dimostrato, anche alla luce della comparazione con gli affidamenti ingenerati e le posizioni antagoniste, che la determinazione di ritiro era l'unico sbocco decisionale possibile.

TAR MILANO, SEZ. III - SENTENZA 29 DICEMBRE 2008 N. 6171

1. La qualificazione del provvedimento amministrativo deve prescindere dal *nomen juris* attribuitogli dall'Amministrazione ed essere effettuata sulla base della corretta esegesi del potere da essa in concreto esercitato, tenuto conto dei presupposti fattuali e normativi dell'atto, del suo contenuto, nonché del procedimento seguito dalla P.A..

2. Va propriamente qualificato come **annullamento d'ufficio** dell'aggiudicazione, piuttosto che revoca dell'affidamento dell'appalto, un provvedimento con il quale la P.A. appaltante, sia pure **dopo la stipula del contratto di appalto**, ha annullato l'aggiudicazione della gara facendo ricorso al suo potere di autotutela per l'asserita anomalia dell'offerta rimasta aggiudicataria; la controversia relativa a tale provvedimento rientra pertanto nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto si tratta di un provvedimento che la P.A. adotta nell'esercizio di poteri di supremazia relativi alla fase della scelta del contraente e non nell'ambito della gestione paritetica del rapporto contrattuale.

3. La P.A. ha il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto qualora sussistano **i presupposti del ricorso alla cd. "autotutela"**, comunemente ravvisati nella illegittimità dell'atto annullato e nella sussistenza di un interesse pubblico da compararsi con quello del privato che abbia riposto un legittimo affidamento sulla stabilità dei suoi effetti; tale regola vale anche con riguardo all'accertamento relativo alla anomalia delle offerte che, qualora viziato da profili di illegittimità, può essere rivisto in un momento successivo alla stipulazione del contratto, posto che, anche dopo tale momento (e specie se l'appalto è ancora nella fase iniziale) la P.A. conserva il proprio interesse ad evitare che l'eccessivo ribasso del corrispettivo offerto influisca negativamente sulla corretta esecuzione del servizio.

4. L'accertamento della anomalia dell'offerta, anche se può essere effettuato in via di autotutela dopo la stipulazione del contratto, deve comunque avere esclusivo riguardo agli elementi costitutivi "originari" della proposta contrattuale formulata in sede di partecipazione alla gara, e giammai può tenere in considerazione elementi di fatto successivi, attinenti la fase di esecuzione del contratto. E' pertanto illegittimo l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione di una gara, per pretesa anomalia dell'offerta rimasta aggiudicataria, nel caso in cui il giudizio di anomalia sia basato su una dichiarazione dell'aggiudicataria che traeva spunto da varianti contrattuali ad essa imposte dopo l'inizio del rapporto contrattuale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 20 FEBBRAIO 2009 N. 1019

1. E' **legittimo** l'operato di una commissione di gara di un appalto-concorso indetto da un Comune (nella specie si trattava del Comune di Milano e l'appalto-concorso riguardava il rinnovo completo del sistema di telecomunicazioni del Comune) che, conformemente a quanto previsto nella *lex specialis* e, più in particolare, nelle "specifiche tecniche" del progetto preliminare, **ha ammesso contributi migliorativi**. In tal caso infatti, in conformità all' art. 76 del d.lgs. n. 163 del 2006, ad essere inderogabili erano i contenuti d'insieme del progetto preliminare e non i singoli requisiti tecnici che potevano essere variati dai concorrenti.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII - SENTENZA 14 GENNAIO 2009, N. 99

L'esclusione per **collegamento sostanziale tra imprese partecipanti** ad una gara pubblica, può configurarsi solo previo accertamento della presenza di una **pluralità di indizi gravi**, precisi e concordanti univocamente volti a configurare il presupposto applicativo della esclusione. Tali indici rivelatori devono essere tali da ingenerare il più che ragionevole sospetto che l'accordo tra le partecipanti possa pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara (2) e possono in via esemplificativa individuarsi in una serie di elementi (quali **l'indicazione nelle buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; la spedizione dei plichi dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno e con le stesse modalità; il rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazione, nella medesima data e con numero progressivo successivo; la coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; rapporti di parentela tra gli amministratori unici delle società e gli intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti, ecc.**)

TAR PIEMONTE - TORINO SEZ. I - SENTENZA 14 GENNAIO 2009, N. 82

1. Nelle gare di appalto, il controllo dell'integrità dei plichi, la loro apertura e l'esame della documentazione amministrativa come la stessa presa visione dell'offerta economica sono attività che vanno effettuate in seduta pubblica, onde perseguire l'interesse alla trasparenza e consentire anche agli eventuali rappresentanti delle imprese intervenute di conferire il loro apporto collaborativo alla commissione di gara, apporto che può talora risultare utile a far rilevare eventuali carenze documentali o a chiarire eventuali dubbi in ordine alla posizione dell'impresa di che trattasi; l'omissione dell'adempimento della **pubblica seduta** comporta *eo ipso* **l'invalidità e il conseguente annullamento dell'intera procedura selettiva**, compreso il provvedimento terminale di aggiudicazione, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, poiché il ridetto adempimento è predisposto a tutela non solo della par condicio, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa.

2. Il D.L.vo n. 152/2008, recante il **testo del c.d. terzo decreto correttivo** del codice dei contratti pubblici, in adesione al parere espresso dall'Adunanza consultiva del Consiglio di Stato del 14 luglio 2008, **ha espunto dall'art. 83, comma 4** del codice l'inciso secondo cui "*la commissione giudicatrice prima dell'apertura della buste contenenti le offerte, fissa in generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando*", nell'intento di arginare la discrezionalità attribuita alla commissione, o meglio la possibilità che mercé la predefinizione dei criteri motivazionali l'organo tecnico potesse surrettiziamente anche **introdurre nuovi sub-criteri** in aggiunta a quelli recati dal bando, in violazione del divieto in tal senso posto dall'art. 83 del **d.lgs. n. 163/2006** – introdotto a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia, Sez. VI, 24 novembre 2005; **a seguito dell'entrata in vigore del terzo decreto correttivo, pertanto, la commissione di gara non può fissare sub-criteri di valutazione delle offerte.**

TAR MILANO, SEZ. III - SENTENZA 10 FEBBRAIO 2009, N. 1235

1. Un **documento prodotto in copia informale nell'ambito di una procedura di gara in cui risulta stabilita la produzione in originale o in copia autentica, è semplicemente un documento non prodotto**, senza che sia possibile per la stazione appaltante indagare sulle ragioni di una simile difformità nei confronti del paradigma prefigurato, ed **a fronte della mancata impugnazione della clausola di gara** che prescriveva siffatta formalità: **clausola che**, perciò, è indubbio **deve essere osservata**. Va pertanto esclusa da una gara di appalto una ditta che abbia prodotto in copia semplice piuttosto che in originale la polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria prevista dall'art. 30 della l. n. 109/1994, difformemente da quanto espressamente previsto dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

2. **L'omessa produzione di un documento in originale** in sede di partecipazione ad una gara **non può essere sanata in via retroattiva**, mediante la produzione postuma del documento, in quanto altrimenti si darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole dettate a garanzia dell'imparzialità della procedura e si snaturerebbe la stessa fisionomia delle pubbliche gare; il documento difforme dal paradigma prefigurato dalle regole di gara è infatti un documento non prodotto, senza che siano indagabili le ragioni della difformità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 9 DICEMBRE 2008 N. 6172

Nel caso di sentenza passata in giudicato che annulla una procedura di gara in relazione al solo profilo dell'illegittima ammissione dell'aggiudicataria, poiché **l'effetto conformativo del giudicato** deve essere sagomato in rapporto alla portata specifica del vizio rilevato, è illegittimo l'operato dell'Amministrazione appaltante, la quale, in violazione o comunque eludendo il giudicato, piuttosto che **disporre l'aggiudicazione in favore del concorrente** secondo classificato, annulla ingiustificatamente l'intera procedura.

Ha aggiunto la Sez. V che nell'ipotesi in questione il **principio di conservazione degli atti amministrativi** e, soprattutto, l'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva del ricorrente, con i suoi ascendenti costituzionali, imponeva che, ove non fossero ravvisabili esigenze specifiche, il rinnovo della gara dovesse avvenire per i soli fini e nei limiti necessari per emendare il provvedimento ai vizi riscontrati e, quindi, secondo una prospettiva sostanzialmente soddisfacente rispetto al bene della vita perseguito con il ricorso introduttivo.

In definitiva, in assenza dell'esternazione di nuovi profili ostativi all'ammissione della ricorrente alla procedura od alla prosecuzione del procedimento, la tutela dell'interesse legittimo, in caso di annullamento della procedura limitatamente alla sola posizione del primo classificato, si sostanzia nel riconoscimento della spettanza dell'aggiudicazione in favore del secondo classificato. E tanto secondo una tecnica di tutela che, pur se da alcuno assunta nell'ambito del risarcimento in forma specifica di stampo pubblicistico, riecheggia i caratteri dell'azione di esatto adempimento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 23 MARZO 2009 N. 1736

1. L'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), nel fare riferimento - ai fini del requisito della moralità professionale delle imprese partecipanti alla gara - ai reati gravi "in danno dello Stato o della Comunità", non ha inteso circoscrivere la facoltà di esclusione in capo alle stazioni appaltanti a determinate tipologie di reato qualificate dal soggetto passivo, né tale limitazione si evince dalla normativa comunitaria di cui alla direttiva 2004/18/CE. D'altra parte, nel diritto penale non esiste una specifica categoria di reati "in danno dello Stato" o della "Comunità"; tale dizione invece è ampliativa dell'area dei reati in parola nei riguardi di quelli commessi nella Comunità europea in vista dell'unificazione delle economie e conformemente alla logica di allargamento dei mercati, mentre con l'espressione "Stato" si intenderebbe "Stato-comunità" o, meglio, Stato membro della Comunità europea.

2. In sede di accertamento del requisito della moralità professionale delle imprese previsto dal citato art. 38, comma 1, lett. c), **deve ritenersi che**, eccettuati i reati indicati testualmente, per quanto riguarda i restanti reati, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, **la Stazione appaltante debba procedere alla verifica della loro incidenza sulla moralità professionale nell'ambito del potere discrezionale che alla stessa compete**; tale verifica deve essere operata **attraverso la disamina in concreto** delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato.

3. E' legittima **l'esclusione da una gara** di appalto di una impresa, per difetto del requisito della moralità professionale *ex art. 38, comma 1, lett. c)*, per essere stato emesso un **decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per il delitto**, ritenuto incidente sulla moralità professionale, di cui all'art. 590, comma 3, c.p., a carico dell'amministratore delegato con delega alla sicurezza - e direttore tecnico - della impresa, avendo il medesimo, in qualità di datore di lavoro, cagionato per colpa lesioni personali gravi riportate dalla persona offesa in un incidente occorso in cantiere.

Ha precisato la Sez. V con la sentenza in rassegna che, con la disposizione in parola, il legislatore nazionale non ha inteso riscrivere in senso più restrittivo le norme di cui ai previgenti artt. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e 17 del D.P.R. n. 34 del 2000. Ha inteso invece, in linea con la disciplina previgente, esercitare facoltà, stabilita al paragrafo 2 dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, di prevedere **cause preclusive ulteriori rispetto a quelle obbligatorie** di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo, anche estendendo la sfera dei reati rilevanti a quelli che interessano altri Stati membri della Comunità europea o la stessa Comunità.

Quanto alla dizione "*in danno dello Stato*", essa non va letta isolatamente, ma nel contesto della più ampia dizione "*reati gravi in danno dello Stato (...) che incidono sulla moralità professionale*"; contesto in cui appare evidente che quanto rileva non è di certo il **soggetto passivo** (Stato o Comunità) del reato, bensì l'idoneità di qualsiasi reato ad incidere sulla moralità professionale del soggetto che intenda partecipare ad una gara - quindi la sua affidabilità - in ragione della capacità offensiva dello stesso **reato nei confronti di tutti i consociati**.

CORTE COSTITUZIONALE - ORDINANZA 20 MARZO 2009 N. 81

Va dichiarata la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento agli artt. 76 e 97 della Costituzione - dell'art. 84, comma 4, del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il quale prevede che «i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».

Per quanto riguarda in particolare il profilo secondo cui il contenuto della disposizione censurata potrebbe generare, in presenza di un ente di ridotte dimensioni «**problemi organizzativi rilevanti**», essendo numerosi i Comuni in cui è presente un solo funzionario competente nella materia cui si riferisce l'appalto, che possa presiedere o fare parte della commissione, la Corte ha richiamato la giurisprudenza amministrativa, che ha interpretato la norma impugnata alla luce di quanto previsto dall'art. 107 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), che affida ai dirigenti la responsabilità delle procedure di gara, ed ha conseguentemente ritenuto legittimo che il dirigente del settore interessato all'appalto presieda la commissione (si cita Consiglio di Stato, Sez. V, decisione 17 luglio 2004, n. 5142); l'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 ha recepito tale orientamento, ma per il resto ha confermato la regola dell'incompatibilità senza alcuna eccezione-

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - SENTENZA 10 MARZO 2009 N. 1417

1. Nell'ambito del procedimento volto alla verifica delle giustificazioni addotte a fronte di un'offerta sospettata di essere anomala, **l'attendibilità dell'offerta stessa va comunque valutata nella sua globalità**, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue ed avulse dall'incidenza che potrebbero avere nell'offerta economica nel suo insieme, dovendosi ritenere tendenzialmente irrilevanti fattori e circostanze comunque inidonei ad alterare in modo significativo la serietà ed attendibilità dell'offerta nel suo complesso.

2. E' illegittima l'esclusione di una offerta per asserita anomalia della stessa facendo riferimento al fatto che l'impresa interessata aveva ommesso di produrre alcuni elementi richiesti dalla Commissione di gara, con assegnazione di un termine perentorio. Ed infatti, **in assenza di una previsione della *lex specialis*** la quale espressamente preveda una siffatta ipotesi di esclusione, essa **non può essere introdotta *motu proprio* dalla Commissione**, in tal modo annettendo un rilievo para-sanzionatorio alla mancata ottemperanza alla richiesta di fornire integrazioni istruttorie e documentali utili per il vaglio circa il carattere di anomalia dell'offerta.

3. E' illegittima l'esclusione di una impresa da una gara di appalto per anomalia dell'offerta fondata su aspetti sui quali non vi è stata, nel corso del subprocedimento di verifica, specifica e puntuale contestazione, non essendo stato consentito quindi all'impresa interessata di approntare in modo pertinente le proprie giustificazioni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 12 MARZO 2009 N. 1451

1. Il **sub-procedimento di verifica delle offerte anomale non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta** per così dire *in itinere* ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile. Sono pertanto da ritenere **inammissibili quelle giustificazioni che risultino tardivamente dirette** - nel tentativo di far apparire seria un'offerta che viceversa non è stata adeguatamente meditata - ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata.

2. Anche se è vero che le **tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera**, per alcune voci, espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di **parametro legale** (v. art. 86, comma 3 *bis*, del Codice dei contratti pubblici). Ciò comporta che lo **scostamento** dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può esser accettato, in quanto risulti **puntualmente giustificato**; ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. ore annue mediamente lavorate dal personale, poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudenziali.

3. L'offerta la quale si proponga di far conto su un numero di assenze del personale minori rispetto a quelle assunte a livello statistico e su un campione certamente rappresentativo dalle tabelle ministeriali, per essere accettata come plausibile, deve essere accompagnata da significativi ed univoci dati probatori.

Nel **giudizio di congruità** non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua **serietà** e tale **non può appunto essere considerata quell'offerta con riferimento alla quale, in sede di giustificazioni, si registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra.**

Rassegna di giurisprudenza
su recenti questioni problematiche in tema di attività
contrattuale della Pubblica Amministrazione

2° fascicolo

a cura di

Francesco Armenante

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 7 aprile 2009 n. 2147

*(Sull'illegittima commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione)
(Sui criteri di interpretazione della clausola equivoca del bando)*

1. In tema di gare di appalto, è **illegittima la commistione fra requisiti di ammissione delle domande e valutazione di merito ed in particolare tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta**. In particolare, è illegittima la previsione di un rilevante punteggio per elementi che nulla hanno a che vedere con il merito tecnico dell'offerta e che attengono, invece, all'esperienza professionale acquisita dal concorrente (es. *curriculum*, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza).

2. In base al principio di parità di trattamento degli operatori economici e per l'obbligo di trasparenza, **un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti** (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta illegittima l'introduzione ad opera dell'organo istruttore di nuovi criteri rispetto a quelli previsti nel bando).

3. Il **difetto di chiarezza** di una clausola del bando **impone un'interpretazione nel senso dell'ammissione del maggior numero di concorrenti** e, viceversa, nel senso della non legittimità dell'esclusione delle imprese.

Nella motivazione della sentenza in rassegna si ricorda che la confusione fra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta è stata di recente stigmatizzata dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie 1 marzo 2007 (recante "*Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi*") pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 111 del 15 maggio 2007.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti, con deliberazione n. 209 del 27 giugno 2007, evidenzia che in un precedente intervento dell'Autorità (deliberazione n. 30/2007) era stato precisato che la stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

Per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di "selezione dell'offerente", e criteri di aggiudicazione e quindi di "selezione dell'offerta" è rigorosa. Quando l'aggiudicazione è a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi criteri variabili, ma collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto. La scelta, in tal caso, è limitata e può riguardare soltanto i criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore. L'offerta deve, invece, essere valutata in base a criteri che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurare il valore, ciò che esclude che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente; per alcune recenti applicazioni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 1 aprile 2009 n. 2074

(Sulle modalità previste nel disciplinare di gara per la presentazione delle offerte).

E' legittima la clausola del disciplinare di gara che impone ai concorrenti la presentazione dell'offerta e delle documentazioni, a pena di esclusione:

- a) a mezzo raccomandata del servizio postale ovvero mediante agenzia di recapito autorizzata, entro il termine perentorio indicato nel bando;
- b) oppure tramite consegna a mano dei plichi nei tre giorni antecedenti il suddetto termine perentorio all'ufficio protocollo della stazione appaltante.

Lo sfasamento temporale previsto nel caso di presentazione delle offerte mediante consegna a mano, infatti, può razionalmente ricondursi all'esigenza di evitare che i concorrenti che hanno optato per la presentazione diretta dell'offerta fossero messi in condizioni di calcolare la media dei ribassi, essendo a conoscenza del numero di offerte pervenute per via postale o tramite corriere.

Alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta legittima l'esclusione di una offerta presentata tramite consegna a mano presso l'Ufficio Tecnico della stazione appaltante entro il termine fissato dalla *lex specialis* per la diversa modalità di presentazione tramite spedizione e dunque oltre il termine fissato per la specifica modalità prescelta - che imponeva la consegna a mano entro i tre giorni antecedenti.

TAR SARDEGNA, SEZ. I - sentenza 26 marzo 2009 n. 361

(Sulla necessità di adeguare il prezzo posto a base d'asta ai valori di mercato).

E' **illegittimo un bando** di una gara di appalto (nella specie riguardante l'esecuzione di lavori pubblici) che, in violazione degli artt. 89 e 133, 8° comma, del codice dei contratti, prevede a base d'asta **prezzi palesemente incongrui**, non aggiornati ed oggettivamente inferiori a quelli di mercato, atteso che le citate norme impongono di utilizzare prezzi ancorati all'effettivo andamento del mercato (nella specie il bando, pubblicato nel 2008, faceva riferimento, per determinare la base d'asta, a prezzi risalenti al 1999).

(Sull'avvalimento).

Nel caso di offerta tecnica composta da più pagine, la mancata sottoscrizione di ogni pagina, in presenza della firma regolarmente apposta in calce all'ultima pagina, non toglie efficacia al documento medesimo nella sua interezza e non è atta a generare dubbi sulla sua provenienza; ingiustificato, pertanto, si presenta il provvedimento della commissione di gara che dispone in tal caso l'esclusione dell'offerta.

La facoltà di **avvalimento** - che consente ad un'impresa di ricorrere alle referenze tecniche, economiche e finanziarie di un'altra impresa c.d. ausiliaria, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara - costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione; pertanto, la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in maniera rigorosa, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara, non essendo sufficiente - a tal fine - la mera allegazione dei legami societari che avvincono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo.

L'utilizzazione **dell'istituto dell'avvalimento** è subordinata alla dimostrazione dell'effettiva possibilità giuridica da parte del prestatore di servizi di utilizzare detta capacità mediante la presentazione dell'impegno a tal fine di detto soggetto. Non è a tal fine sufficiente un'eventuale dimostrazione della delineata disponibilità giuridica, fornita con documentazione postuma rispetto alla tempistica di gara, la quale non può validamente assolvere all'onere probatorio gravante sui concorrenti, ostandovi i principi generali in materia di procedure concorsuali e in particolare quello della *par condicio* e del divieto di integrazione postuma del materiale documentario di gara, derogabile solo ai fini della prova della natura non anomala di un'offerta.

La necessità della dimostrazione della effettiva e giuridica disponibilità da parte dell'impresa avvalsa, delle risorse e dei requisiti di qualificazione tecnico-economica dell'impresa ausiliaria, non può subire un'attenuazione nemmeno nell'ipotesi in cui l'impresa partecipante alla gara sia parte di un gruppo societario, non essendo a tal fine sufficiente la mera allegazione dei legami societari che avvincono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo.

Nel caso di avvalimento, anche in ipotesi di partecipazione alla gara di un gruppo di imprese di qualsivoglia natura, il concorrente che intenda avvalersi delle referenze e dei requisiti soggettivi di altre imprese non può omettere di produrre all'Amministrazione appaltante, oltre alla certificazione SOA propria e dell'impresa avvalente, anche la dichiarazione indicata alla lettera c) dell'art. 49 del codice dei contratti, resa dall'impresa ausiliaria avvalente e attestante il suo possesso dei requisiti generali di affidabilità morale e professionale definiti all'art. 38 del codice dei contratti.

L'art. 49, comma 6, del codice, il quale originariamente disponeva che "*il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria*", prevedendo in tal modo il divieto di avvalimento plurimo, è stato sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera n), numero 1), del d. lgs. n. 152/2008 (secondo cui "*Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni*"). E' quindi solo con l'entrata in vigore delle modifiche recate dal c.d. terzo correttivo al Codice contratti, e cioè per i bandi di gara pubblicati a partire dal 17 ottobre 2008, che il divieto di avvalimento plurimo, ossia di più di una impresa per ciascuna categoria di qualificazione, vige solo limitatamente ai lavori ed è stato invece espunto per gli appalti di servizi e di forniture.

Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 19 gennaio 2005, n. 390, secondo cui la mancata sottoscrizione di alcune pagine di una voluminosa offerta tecnica da parte del legale rappresentante di una società concorrente in una gara d'appalto sotto forma di Ati non incrina la certezza della provenienza della documentazione e non lede gli interessi dell'amministrazione; cosicché appare legittima la mancata esclusione del predetto raggruppamento non già facendo ricorso ad un'interpretazione funzionale del bando, quanto piuttosto invocando il generale principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa, che si traduce nell'adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa rispetto allo scopo perseguito.

Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742, secondo cui, nel caso di avvalimento, è necessario che l'impresa dimostri in modo rigoroso l'effettiva disponibilità di risorse, mezzi e qualificazione dei soggetti avvalenti in forza di un "vincolo giuridico, che obblighi il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti, di cui non dispone direttamente e la cui titolarità, in forza di detto vincolo, viene ad essere riferita al soggetto che partecipa alla gara. Il vincolo stesso deve inoltre preesistere alla data di aggiudicazione della gara, in funzione della necessità di garantire oltre che la par condicio tra i concorrenti, il corretto esercizio delle potestà di controllo spettanti all'Amministrazione in ordine alla sussistenza in capo all'aggiudicataria, dei requisiti soggettivi abilitanti".

Né la effettiva possibilità giuridica di avvalimento può essere legittimamente posposta ad un momento successivo, "posto che una siffatta eventualità rimetterebbe alla fase dell'adempimento del contratto la necessaria presenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti ai partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, riservata dal sistema al momento competitivo".

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV, sentenza 20-11-2008, n. 5742 (sull'applicabilità o meno a tutte le gare di appalto dell'istituto dell'avvalimento previsto dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, sulla necessità o meno di un contratto di data anteriore alla gara, sul contenuto della dichiarazione all'uopo prescritta, sulla possibilità o meno, nel caso in cui l'impresa ausiliaria faccia parte della stessa holding, di produrre detta dichiarazione e sulla legittimità o meno del divieto del c.d. "doppio avvalimento").

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV, ordinanza 22-7-2008, n. 3886 (sull'ammissibilità o meno di una mera dichiarazione di avvalimento, non accompagnata dalla documentazione di cui

all'art. 49, 2° comma, del D.Lgs. n. 163/2006, in sede di prequalificazione delle imprese e sulla possibilità o meno di far ricorso al c.d. "doppio avvalimento").

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 11-7-2008, n. 3499 (sulla possibilità o meno di applicare, per la dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti, l'istituto dell'avvalimento anche in assenza di previsioni del bando di gara).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 22-4-2008, n. 1856 (sulla natura eccezionale dell'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del Codice dei contratti pubblici e sulla necessità in ogni caso di rispettare il principio di pubblicità delle gare anche in difetto di espressa previsione del bando).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I, sentenza 22-5-2008, n. 4820 (sull'applicabilità o meno dell'istituto comunitario dell'avvalimento nel caso in cui il bando non lo preveda e sull'applicabilità o meno dell'istituto stesso non solo nei confronti dei soggetti esterni, ma anche dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I, sentenza 12-5-2008, n. 3875 (sulla possibilità o meno per i concorrenti ad una gara pubblica di fare riferimento, ai fini della dimostrazione dei requisiti di partecipazione, ad un doppio avvalimento).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. II TER, sentenza 30-4-2008, n. 3637 (sulla necessità o meno di apposito contratto per applicare l'istituto dell'avvalimento previsto dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici).

TAR PIEMONTE - TORINO SEZ. II, sentenza 17-3-2008 (sui presupposti e condizioni che devono sussistere affinché una ditta possa legittimamente utilizzare l'istituto dell'avvalimento ex art. 49 d. lgs. n. 163 del 2006).

TAR VENETO SEZ. I, sentenza 6-11-2008, n. 3451 (sulla nozione del contratto di avvalimento previsto dall'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, sulla validità o meno di un contratto di avvalimento nel quale sia previsto all'uopo un corrispettivo e sulla necessità o meno di accertare il possesso dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria; afferma anche che la produzione di documenti in sede di c.c. fissata per la domanda cautelare, determina la conoscenza degli stessi nei confronti delle parti avversarie i cui difensori erano presenti).

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE SEZ. I, sentenza 1-9-2008, n. 508 (sulla possibilità o meno di escludere una impresa che abbia utilizzato l'istituto dell'avvalimento nel caso in cui la ditta ausiliaria non abbia reso una dichiarazione prevista per le imprese partecipanti alla gara e che abbia reso una delle dichiarazioni prescritte senza allegare la fotocopia dei documenti di identità di tutti i sottoscrittori, nel caso in cui comunque - nella busta contenente la documentazione di gara - tali fotocopie siano presenti per altre dichiarazioni).

TAR VENETO, SEZ. I - sentenza 31 marzo 2009 n. 1030

(Sulla violazione dei principi generali di tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della non discriminazione tra le imprese concorrenti in caso di clausola che preveda un diritto di prelazione a favore del precedente gestore del servizio).

E' illegittima la clausola di un bando relativo ad un appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di gestione del palazzetto dello sport) la quale prevede che "l'aggiudicazione definitiva è condizionata all'eventuale diritto di prelazione esercitato dall'attuale concessionario a parità di condizioni". Tale clausola, che prevede un diritto di prelazione a favore del precedente gestore del servizio, contrasta non solo con il generale principio dell'unicità dell'offerta, ma anche - e soprattutto - con i generali principi di tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della non discriminazione tra le imprese concorrenti.

TAR VENETO, SEZ. I - sentenza 26 marzo 2009 n. 881

(Sulla nozione di impresa partecipante alle gare).

1. Le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono quelle che impediscono in modo assoluto la partecipazione dell'interessato alla gara.

2. Anche alla stregua della disciplina comunitaria, deve farsi riferimento, ai fini della partecipazione a gare di appalto, ad una nozione di "impresa" più ampia di quella sottesa all'art. 2082 c.c.: nozione che, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, non può che sussumere nell'ambito delle attività di impresa, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, a prescindere dalla qualifica formale del soggetto che la svolge, qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato. Ai predetti fini possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati ed organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza; il carattere imprenditoriale dell'attività va, invece, escluso nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, atteso che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti.

3. La mancanza dell'iscrizione al registro delle imprese e di posizioni INPS e INAIL attive, non è sufficiente per escludere il carattere imprenditoriale di una ONLUS nell'ambito dell'attività di prestazione di servizi. L'iscrizione nel registro delle imprese, infatti, lungi dal porsi quale elemento costitutivo dell'impresa (l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione, invero, comporta, ai sensi dell'art. 2194 c.c., la mera irrogazione di una sanzione pecuniaria), può essere motivo di esclusione dalla gara qualora la relativa certificazione sia espressamente richiesta dalla *lex specialis*; d'altra parte, la presenza di personale dipendente (e, quindi, del possesso di posizioni INPS e INAIL) non è elemento necessario dell'organizzazione imprenditoriale (ha aggiunto il T.A.R. che il carattere imprenditoriale non poteva essere escluso dalla mancanza della partita IVA, atteso che, trattandosi nella specie di ONLUS, esse sono, quanto meno relativamente allo svolgimento dell'attività, esenti dalla predetta imposta giusta l'art. 10 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633).

Nella motivazione della sentenza in rassegna peraltro si ricorda che la giurisprudenza comunitaria ha affermato che in ambito europeo la nozione di impresa "*comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento*", mentre l'attività economica consiste nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro (Corte Giustizia CE, Sez. V, 18 giugno 1998 n. 35; Trib. di I grado CE 4 marzo 2003 n. 319).

La nozione di impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica che sia ricollegabile al dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro (che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 9 aprile 2009 n. 2197.

(Sull'inammissibilità del deposito tardivo della cauzione definitiva in applicazione del principio generale secondo cui "quod sine die debetur statim debetur").

E' legittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione appaltante ha dichiarato la impresa aggiudicataria di una gara decaduta dall'aggiudicazione stessa che sia motivato con riferimento al fatto che l'impresa non ha tempestivamente costituito la cauzione definitiva. In base al principio generale secondo cui "*quod sine die debetur statim debetur*", infatti, la impresa aggiudicataria è tenuta a costituire il deposito cauzionale senza ritardo, fin dal momento della ricezione della richiesta formulata con lettera raccomandata, e ciò indipendentemente da ogni ulteriore atto di diffida dell'Amministrazione.

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV, sentenza 27-12-2004, n. 8220 (sull'illegittimità della decadenza disposta per mancato adempimento di obblighi che presuppongono la stipula del contratto di appalto).

TAR PIEMONTE - TORINO SEZ. I, ordinanza 26-11-2008, n. 963 (sulla decadenza automatica - ai sensi dell'art. 75 del Testo Unico sulla documentazione amministrativa - dell'aggiudicazione di una gara nel caso di dichiarazioni non veritiere e sulla necessità o meno di dichiarare anche le condanne per le quali sia stato ottenuto il beneficio della non menzione nel casellario giudiziale).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 27 marzo 2009 n. 1840

(Sull'illegittimità dell'esclusione dalla gara a fronte del potere-dovere della Stazione appaltante di chiedere un'integrazione documentale).

1. E' illegittima l'esclusione da una procedura di gara per carenza, nella domanda di partecipazione, di una dichiarazione richiesta dal bando, nel caso in cui il contenuto della stessa si possa univocamente desumere da altra dichiarazione resa dal partecipante alla gara, dato che il precetto del "buon andamento" (art. 97 Cost.) include anche il principio di cooperazione fra amministrazione ed amministrati, con conseguente affievolimento degli oneri meramente formali e riconoscimento della rilevanza delle dichiarazioni implicite desumibili univocamente da altre, con la possibilità per l'ente (in presenza di dubbi od incertezze) di richiedere ulteriori precisazioni senza disporre immediatamente l'esclusione della parte interessata.

2. Il potere-dovere della Stazione appaltante di chiedere un'integrazione documentale (già previsto in generale dall'art. 6 della legge n. 241/1990), trova ormai un solido riscontro nell'art. 46 del codice dei contratti, il quale codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o sul formalismo), nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione.

3. La integrazione documentale prevista dal citato art. 46 può riferirsi esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione, per cui non è possibile rettificare, precisare o comunque modificare gli elementi costitutivi dell'offerta; la possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta non è un dovere assoluto ed incondizionato, ma incontra i seguenti precisi limiti applicativi: a) l'inderogabile necessità del rispetto della *par condicio*, in quanto l'art. 6 della l. n. 241/90, non può essere invocato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; b) il c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato; c) l'ammissibilità nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire.

4. È illegittima l'esclusione da una gara d'appalto di una impresa che non abbia reso una dichiarazione, prescritta dal bando di gara, circa la mancata partecipazione alla gara medesima del Consorzio del quale fa parte, nel caso in cui comunque l'impresa stessa abbia dichiarato di partecipare alla gara come impresa singola, producendo altresì documentazione recante la compiuta identificazione del Consorzio stesso, in modo tale da consentire alla stazione appaltante di rilevare che nessuna delle offerte pervenute fosse riferibile al predetto Consorzio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 7 aprile 2009 n. 2145

(In tema requisiti di partecipazione alla gara per l'affidamento dell'incarico di progettazione di una opera pubblica ad una riunione temporanea di professionisti).

1. E' legittima l'esclusione da una gara indetta per l'affidamento dell'incarico di progettazione di una opera pubblica di una riunione temporanea di professionisti nel caso in cui, in violazione del bando (che espressamente prevedeva che " il raggruppamento tra liberi professionisti deve essere già avvenuto nelle forme di legge all'atto di presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara") la costituzione del raggruppamento sia avvenuta mediante scrittura privata autenticata e non già con atto notarile.

2. Il mandato con rappresentanza conferito al capogruppo si configura come atto di natura negoziale di competenza del notaio *ex art. 2703 c.c.* e, pertanto, non può ritenersi idonea, la sua autenticazione da parte del segretario comunale o di altri funzionari incaricati, che è riferibile, ai sensi degli artt. 20 e ss. della L. n. 584/77, alla sottoscrizione delle istanze da produrre dinanzi agli organi dell'amministrazione.

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III - sentenza 10 aprile 2009 n. 3261

(Sull' indizione di una nuova procedura di gara in caso di revoca).

1. E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante revoca una gara di appalto e bandisce una nuova procedura di gara motivato in relazione al fatto che la commissione di gara ha riscontrato, in numerose delle offerte presentate dai concorrenti, incongruenze che sarebbero dovute ad una errata interpretazione del bando di gara, anche se tale determinazione sia adottata dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara stessa. Infatti, non è possibile ritenere che l'amministrazione debba essere costretta ad aggiudicare una gara pur in presenza di evidenti indizi che portano a ritenere che buona parte delle offerte presentate dalle ricorrenti siano incongrue; a fronte di tali indizi è comunque riservato il potere di agire in autotutela al fine di preservare l'interesse pubblico ad un più confacente svolgimento dell'appalto, soprattutto quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

2. Nel caso di revoca una gara di appalto disposta dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara, l'amministrazione appaltante, nell'indire una nuova gara, deve adottare tutti quegli accorgimenti necessari affinché venga evitato che le concorrenti approfittino della conoscenza delle offerte formulate nel corso della precedente procedura, violandosi altrimenti effettivamente il principio della *par condicio*.

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 14-1-2009, n. 122 (sul risarcimento dei danni nel caso di revoca della gara disposta dalla P.A. per l'eccessiva onerosità dell'offerta rimasta aggiudicataria).

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - sentenza 6 aprile 2009 n. 3682

(Sulla natura e funzione della cauzione provvisoria).

1. Nelle gare di appalto, la cauzione provvisoria assolve ad una funzione strettamente sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali del concorrente e, segnatamente, per mancata comprovazione dei requisiti dichiarati. Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica di possidenza dei requisiti dichiarati in gara.

2. Nelle gare per il conferimento di appalti pubblici, l'incameramento della cauzione provvisoria deve essere disposto come effetto automatico di una determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito (2), senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua possidenza che sia stata, però, comprovata tardivamente rispetto ai termini legali, ovvero in difformità alle regole della *lex specialis*, atteso che a fronte di un comportamento dovuto nessun rilievo può assumere il carattere psicologico della violazione..

3. In tema di affidamento di appalti di lavori pubblici, l'art. 10 *quater*, L. 11 febbraio 1994 n. 109 - v. ora l'art. 48 del D.L.vo n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) - non distingue, nel caso di omessa produzione di documenti a seguito di verifica a campione, tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (consistente nell'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per partecipare alla gara), con l'effetto che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza conseguono automaticamente una volta scaduto il termine fissato nella legge. Sotto questo profilo ben può dirsi, indipendentemente da una specifica previsione di bando sul punto, che si è in presenza, nel caso di specie, di una ipotesi di eterointegrazione legale delle regole di bando con norma imperativa.

TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. I - sentenza 30 marzo 2009 n. 712

(Sul risarcimento del danno contrattuale).

1. In tema di risarcimento del danno in qualche modo collegato ad un contratto, occorre distinguere fra l'interesse positivo e l'interesse negativo. Il primo va risarcito in caso di inadempimento contrattuale vero e proprio, e consiste, in sintesi, nell'utile netto che dal contratto inadempito si sarebbe ricavato. Il secondo va risarcito nel caso di responsabilità precontrattuale e corrisponde al pregiudizio che un soggetto subisce o per avere inutilmente confidato nella conclusione o nella validità di un contratto ovvero per avere stipulato un contratto che senza l'altrui illecita ingerenza non avrebbe stipulato, o avrebbe stipulato a condizioni diverse.

2. In tema di risarcimento del danno, l'interesse negativo non consente di far proprio l'utile che dal contratto si sarebbe ricavato, ma si limita alle spese inutilmente erogate per affrontare la trattativa e alla perdita di favorevoli occasioni contrattuali, rispetto alla quale il danneggiato deve dimostrare che l'inutile trattativa o l'inutile stipulazione gli hanno precluso di stipulare altro vantaggioso contratto oppure lo hanno indotto a far ciò con ritardo rispetto al momento in cui le condizioni di mercato erano più favorevoli.

3. Una sentenza passata in giudicato che ha respinto la domanda di risarcimento del danno concernente l'interesse positivo, non preclude l'accoglimento di una azione di risarcimento del danno nella parte in cui con essa si chiede il risarcimento del c.d. interesse negativo.

4. Sussiste il requisito della colpa della P.A., necessario per il risarcimento dei danni, nel caso in cui l'aggiudicazione di una gara di appalto sia stata annullata per via del fatto che alle deliberazioni della commissione giudicatrice vennero fatti partecipare due estranei, denominati "consulenti", che non avevano titolo alcuno per farlo; in tal caso, in mancanza di specifiche giustificazioni sul punto, nemmeno è possibile che si tratti di errore scusabile per qualche motivo contingente.

5. In materia di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, si applica il principio generale secondo cui gli elementi relativi alla dimostrazione dei danni che rientrano nella disponibilità del ricorrente, vanno provati specificamente dal danneggiato, senza potersi ricorrere al principio dispositivo attenuato con metodo acquisitivo.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - sentenza 15 aprile 2009 n. 241

(Sulla nozione di "utile di impresa" ai fini del giudizio sull'anomalia dell'offerta).

Non può *ex se* essere considerata anomala una offerta che prevede un utile di impresa esiguo, ove il bando di gara non preveda alcuna percentuale minima di utile di impresa (nella specie l'utile d'impresa era pari allo 0,27% dell'importo dei lavori). La voce "utile di impresa", infatti, può essere compressa o ridotta, nel quadro delle scelte imprenditoriali del concorrente, con i soli limiti correlati alla anomalia dell'offerta proposta, verificabile nel complesso procedimento di verifica. D'altra parte, **un margine di guadagno irrisorio** può costituire serio indice presuntivo di inaffidabilità dell'offerta **solo qualora sia dimostrato che l'offerta corrisponda ad un prezzo inidoneo** a remunerare le diverse componenti dell'organizzazione imprenditoriale e non consenta di ipotizzare, nemmeno, in proiezione, significative prospettive di espansione dell'azienda nel settore.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - sentenza 20 aprile 2009 n. 3976

Le sanzioni previste dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, di competenza dell'Autorità di Vigilanza (sanzione pecuniaria e temporanea inibizione della partecipazione a procedure di affidamento) che l'Autorità stessa può applicare a seguito della comunicazione da parte di una Stazione appaltante dell'avvenuta esclusione di un'impresa da una gara d'appalto per mancata dimostrazione dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti dal bando, si giustificano solamente nel caso in cui vi sia stata falsa dichiarazione iniziale dei requisiti stessi, e non possono essere applicate invece quando la documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti sia stata, benché tardivamente, comunque presentata, mancando in questo caso il necessario presupposto applicativo delle sanzioni, ovvero il difetto sostanziale dei requisiti e la mendace dichiarazione al riguardo, in sede di gara, dell'impresa concorrente.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II - sentenza 20 aprile 2009 n. 3984

(Sulla sussistenza in concreto del requisito della "moralità professionale").

1. Ai fini dell'esclusione dalla gara di appalto per incompleta o infedele dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici per il requisito della "moralità professionale", non è sufficiente la sola mancata dichiarazione, ma occorre indagare se il reato per il quale si è verificata la mancata dichiarazione incida effettivamente sul requisito di affidabilità morale richiesto dal Codice per essere destinatari dell'affidamento di una commessa pubblica.

2. E' illegittima l'esclusione dalla gara di una ditta che ha omesso di dichiarare una sentenza *ex art. 444 c.p.p.* per omicidio colposo determinatosi in occasione di un incidente stradale e, quindi, per violazione di norme del Codice della strada (oltre che del Codice penale), senza che sia stata data adeguata contezza di un (previo prudente) apprezzamento delle ragioni che, nel concreto, precludevano l'eventuale affidamento della commessa pubblica in ragione del precedente penale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 aprile 2009 n. 2402

(Sul potere discrezionale riconosciuto alla Stazione appaltante nella valutazione delle offerte).

1. A prescindere da una regola esterna dettata da disposizioni di legge, di regolamento o di bando di gara, alla Stazione appaltante residua in ogni caso un margine di discrezionalità tecnica che, con prudente apprezzamento, può investire le componenti dell'offerta nella loro serietà e congruità in relazione all'oggetto specifico della gara e che consente di disporre l'esclusione di offerte che presentino all'evidenza aspetti di abnormità ed inattendibilità.

2. E' legittimo il provvedimento di esclusione adottato dall'Amministrazione appaltante, anche in assenza di una clausola espressa, nel caso in cui una ditta abbia proposto con la propria offerta una variante non prevista dal progetto base, la quale sia stata considerata peggiorativa sia dal punto di vista qualitativo nonché per quanto riguarda le condizioni previste dal capitolato speciale. Infatti, va riconosciuto in capo all'Amministrazione, che ha fissato nel bando di gara una serie di prescrizioni finalizzate al raggiungimento dei propri interessi pubblicistici e si è autovincolata al loro contenuto, la possibilità di disporre la esclusione, oltre che per ragioni di carattere formale, anche per violazioni sostanziali da parte delle partecipanti (alla stregua del principio nella specie è stata riformata la sentenza di primo grado, la quale aveva ritenuto invece che - nell'ipotesi considerata - l'Amministrazione appaltante non poteva disporre l'esclusione, in mancanza di apposita clausola del bando, ma poteva solo non attribuire il punteggio previsto per le migliori).

TAR PIEMONTE, SEZ. I - sentenza 10 aprile 2009 n. 1008

(In tema di requisiti suscettibili di attestazione mediante le modalità dichiarative sostitutive ed autocertificative contemplate da tutto il T.U.).

L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici rinvia per l'attestazione del possesso dei requisiti ivi prescritti, alle modalità dichiarative sostitutive ed autocertificative contemplate da tutto il T.U. sulla documentazione amministrativa, al quale la norma del Codice fa rinvio *in toto* e, quindi, anche al disposto di cui all'art. 47, comma 2, stesso decreto, a termini del quale la dichiarazione sostitutiva ivi disciplinata, resa dall'interessato, "*può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza*". Deve pertanto consentirsi ai partecipanti ad una gara pubblica di avvalersi anche della modalità attestativa documentale contemplata dal riportato art. 47, comma 2 del Testo Unico sulla documentazione amministrativa e deve conseguentemente ritenersi illegittima l'esclusione dalla gara di una società, il cui legale rappresentante ha reso dichiarazione sostitutiva, relativamente all'assenza di pregiudizi penali e di altro genere, anche con riferimento al Presidente del Consiglio di amministrazione ed al Direttore tecnico.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 20 aprile 2009 n. 2384

(In tema di verifiche circa l'anomalia di un'offerta economica).

1. Nelle gare di appalto, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto. Tale principio, risulta ora codificato dall'art. 88, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006.

2. Nelle gare di appalto, mentre **il provvedimento amministrativo che ritiene l'offerta anomala deve essere puntualmente motivato, quello che ritiene l'offerta non anomala non abbisogna di una motivazione analitica**, essendo sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e giustificazioni della parte che ha formulato l'offerta sottoposta a verifica con esito positivo.

3. Poiché il giudizio di anomalia implica valutazioni di carattere tecnico, tale giudizio ben può essere sindacato dal giudice, anche con il supporto di un c.t.u. o di un verificatore, onde accertare la correttezza dell'*iter* logico, dell'impianto motivazionale, l'esattezza dei presupposti di fatto e dell'applicazione delle regole.

4. In sede di verifica delle offerte anomale, ove la regola tecnica non sia univoca, essendo altrettanto valide diverse soluzioni tecniche, il giudice e il c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'amministrazione che sia pervenuta ad una soluzione tecnica che, ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica.

5. In sede di verifica delle offerte anomale, a fronte di un giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile, per sconfessare tale giudizio non è sufficiente sostituire un giudizio opinabile con uno altrettanto opinabile, o avanzare dubbi o elementi di incertezza, dovendosi invece dimostrare, con dati numerici certi, quali sono gli errori oggettivamente commessi dalla stazione appaltante, e quale è l'esatto importo delle voci di prezzo anomale, e la loro percentuale di incidenza sull'importo complessivo dell'appalto. La dedotta inattendibilità complessiva dell'offerta, deve essere dimostrata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili, e non in via di mere presunzioni.

6. Il **giudizio di non anomalia** espresso dalla stazione appaltante non può essere disatteso in s.g. facendo riferimento ad una verifica disposta dal giudice amministrativo che, da un lato, utilizza parametri di accertamento diversi da quelli prescritti dalla legge di gara, incentrandosi su elementi diversi da quelli ivi richiesti e, dall'altro lato, al più evidenzia singole inesattezze, in numero limitato rispetto all'elevato numero di voci oggetto della verifica di anomalia, ma non dimostra la complessiva inattendibilità dell'offerta.

7. Pur dovendosi escludere che un'impresa possa proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile, non è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali. **Solo un utile pari a zero è ingiustificabile.**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 20 aprile 2009 n. 2361

(Sull'omessa produzione dei documenti richiesti dal bando a pena di esclusione: inammissibilità di una regolarizzazione postuma).

1. Nelle procedure ad evidenza pubblica, **l'omessa produzione di documenti richiesti dal bando dà luogo senz'altro ad esclusione**, non potendosi in tal caso procedere alla regolarizzazione dei documenti stessi, mediante la loro produzione postuma (ha osservato in particolare la Sez. V che il bando nella specie prevedeva che "con riferimento ai dati ed alla documentazione prodotti dall'impresa il soggetto convenzionato/soggetto istruttore può richiedere esclusivamente la rettifica dei soli errori e irregolarità formali, nonché precisazioni e chiarimenti ritenuti necessari per il completamento dell'attività istruttoria"; tale previsione consentiva quindi una richiesta di chiarimenti unicamente in ordine ai documenti prodotti e non a quelli del tutto omessi).

2. In mancanza di un'elencazione della documentazione prodotta a corredo della domanda di partecipazione alla procedura e/o della menzione del documento in qualche parte del modulo da allegare alla domanda, deve ritenersi che la prova del contenuto della raccomandata mediante la quale è stata inviata la domanda di partecipazione e dei documenti ad essa allegati deve essere fornita dal mittente e non dal destinatario.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 aprile 2009 n. 2401.

(In tema di prova del requisito della regolarità contributiva della ditta partecipante ad una gara di appalto e sull'avvalimento).

1. Non può essere esclusa da una gara di appalto una ditta che abbia prodotto con ritardo il DURC aggiornato richiesto dalla stazione appaltante, ove tale ritardo non sia dipeso dalla ditta stessa, la quale si è prontamente attivata per corrispondere alla richiesta, sia inoltrando immediatamente la domanda allo sportello telematico, sia informando costantemente la commissione giudicatrice dello stato della pratica. In tale situazione, infatti, la commissione giudicatrice è stata posta nelle condizioni di valutare che il ritardo nell'adempimento non dipendeva dalla volontà della ditta interessata, e di tale circostanza è stato legittimamente tenuto conto nella determinazione di ammissione con riserva.

3. Nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la P.A., **l'istituto dell'avvalimento** ha portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ed è quindi utilizzabile anche in assenza di una specifica previsione del bando, restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico preesistente all'aggiudicazione della gara.

Rassegna di giurisprudenza
su recenti questioni problematiche in tema di attività
contrattuale della Pubblica Amministrazione

3° fascicolo

a cura di

Francesco Armenante

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 8 giugno 2009, n. 3491

(Sulla distinzione tra informative antimafia "atipiche" e "tipiche", sul carattere vincolante di queste ultime e sui presupposti per la loro adozione).

1. Mentre mediante l'**informativa antimafia "atipica"** viene inviata all'amministrazione destinataria dell'informativa stessa una raccolta di elementi di fatto rimessi alla sua valutazione in vista dell'adozione di determinazioni di sua esclusiva competenza, nel caso di **informativa "tipica"** viene espresso direttamente, da parte della stessa autorità prefettizia il maturato convincimento circa la reale sussistenza del pericolo di infiltrazioni mafiose o della criminalità organizzata; con la conseguenza che l'amministrazione destinataria dell'informativa tipica non può non tenerne conto ed adottare gli atti consequenziali, in altre parole, vincolati al giudizio circa il pericolo di infiltrazione maturato dal Prefetto.

2. L'adozione di una informativa antimafia "tipica" non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certo sull'esistenza della contiguità con organizzazioni malavitose e del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici ed indiziari da cui emergano gli elementi di pericolo di dette evenienze e non necessita, quindi, di dimostrazione nell'attualità delle infiltrazioni mafiose.

3. Nei confronti delle misure di prevenzione adottate il sindacato in sede giurisdizionale si attesta nei limiti dell'assenza di eventuali vizi della funzione, che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere quanto alla completezza dei dati acquisiti, alla non travisata valutazione dei fatti ed alla logicità delle conclusioni.

4. L'informativa antimafia tipica non deve provare l'intervenuta infiltrazione, essendo questa un *quid pluris* non richiesto, ma deve solo sufficientemente dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile il tentativo di ingerenza (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto che costituivano **sufficienti indizi** delle infiltrazioni **le frequentazioni tra un socio della società ed esponenti di primo piano di un clan camorristico** e la rilevata - e non meglio giustificata - presenza, all'interno della cava di cui disponeva la società di un pluripregiudicato per mafia, omicidio volontario, porto e detenzione di armi etc.; con la conseguenza che il reputato pericolo di infiltrazione mafiosa appariva sorretto da elementi non privi di consistenza).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 9 giugno 2009, n. 3575

(Sul divieto di rendere nota l'offerta economica prima della valutazione dell'offerta tecnica; fattispecie relativa all'inserimento nella busta contenente l'offerta tecnica del computo metrico estimativo).

1. Nella procedura dell'appalto-concorso, connotata da una netta separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, **il principio di segretezza dell'offerta economica impone che sia interdetto al seggio di gara**, finché non sia stata ultimata la valutazione delle offerte tecniche, la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti, onde scongiurare che il seggio di gara sia influenzato, nella valutazione dell'offerta tecnica, dalla conoscenza di elementi

dell'offerta economica, così attuandosi i principi di imparzialità e par condicio; alla eventuale violazione del principio di segretezza dell'offerta economica consegue necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara, anche in assenza di espresse previsioni della lex specialis.

2. Va esclusa da una procedura di appalto-concorso una ditta che ha **violato il principio di segretezza dell'offerta economica**, inserendo all'interno del plico contenente l'offerta tecnica anche il **computo metrico estimativo**, in tal modo palesando al seggio di gara, **prima della formale apertura della busta** contenente l'offerta economica, i termini economici di quest'ultima.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI - sentenza 4 giugno 2009, n. 3445

(Sulla funzione del documento di identità del sottoscrittore da allegare alle dichiarazioni sostitutive e sulla regolarizzabilità della sua omessa produzione).

1. In base al combinato-disposto degli artt. 21, comma 1 e 38, commi 2-3 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 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 incombente riveste natura nodale, ed è insuscettibile di regolarizzazione.**

2. **Le autocertificazioni** di cui all'art. 38 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 di appalto della P.A. 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 integrazione del documento mancante, nel rispetto della "par condicio" tra i concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI - sentenza 3 giugno 2009, n. 3404

(Sulla necessità, nel caso di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di valutare separatamente offerta economica ed offerta tecnica e sulla illegittimità della clausola del bando che finisce per prevedere, mediante l'utilizzo di una complessa formula matematica, l'attribuzione di un punteggio maggiore all'offerta economica più alta).

1. **L'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando** di gara sussiste solo in relazione a: 1) clausole che impediscono la partecipazione del concorrente, ad es. prescrivendo requisiti che il concorrente non possiede; 2) clausole manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale.

2. Nel caso in cui sia illegittima una clausola del bando relativa ai criteri di valutazione dell'offerta economica, il suo annullamento in s.g. comporta il rinnovo di tutta la gara, e non già solo una nuova valutazione delle offerte economiche. Nè, nel caso in cui la gara si sia già interamente svolta, può procedersi ad un annullamento solo parziale del bando, al mantenimento delle operazioni di gara, ed al rinnovo del solo giudizio relativo alla valutazione delle offerte economiche; infatti, i criteri di valutazione delle offerte vanno stabiliti prima della presentazione delle offerte e, nel caso di annullamento della clausola allorchè la gara si sia svolta, questo è impossibile perché le offerte sono già state presentate.

3. In linea generale, per quanto riguarda l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, deve ritenersi che, a seconda dei casi, il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite. Non esiste, infatti, una regola generale, assoluta e vincolante per il giudice, relativamente all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, dipendendo la scelta dal concreto atteggiarsi dei motivi di ricorso e dell'interesse delle parti. I criteri ispiratori, nella scelta dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale, devono essere, da un lato, la effettività della tutela giurisdizionale, e dall'altro lato l'economia processuale.

4. Nel caso di gara di appalto con due sole offerte ammesse e valutate, e di ricorso, l'uno principale, e l'altro incidentale, di entrambi i concorrenti, non si può ritenere che sia senz'altro prioritario l'esame del ricorso incidentale e che, accolto il ricorso incidentale, non si debba esaminare quello principale. Così operando, infatti, si penalizzerebbe uno dei due ricorrenti e si avvantaggerebbe l'altro. In ossequio al diritto di difesa e al principio di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, se ci sono ragioni di accoglimento di entrambi i ricorsi, essi vanno entrambi esaminati e accolti, con il risultato di vanificare l'intera gara.

5. Nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vanno separatamente valutate l'offerta economica e l'offerta tecnica. Ma quanto alla valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, senza medie o criteri forfetari.

6. I criteri di distribuzione del punteggio per l'offerta economica, previa suddivisione di essa in vari sub-elementi, devono comunque essere strutturati in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio, per il prezzo, complessivamente superiore. Si può semmai graduare il punteggio per il prezzo secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e meno per altri, ma qualsivoglia criterio si utilizzi, non si può trattare di criterio suscettibile di pervenire

al paradossale risultato di dare il maggiore punteggio complessivo ad un offerta economica più elevata di altre.

In applicazione del principio è stato ritenuto che la clausola del bando concernente i criteri per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose non era da ritenere immediatamente lesiva, dato che la lesività di tale clausola era determinabile solo in base al concreto atteggiarsi delle singole offerte – elemento questo non conoscibile ex ante – e in base alla concomitante attribuzione di punteggio per l'offerta tecnica.

Correttamente, pertanto, la società che aveva proposto in primo grado ricorso si era limitata, in corso di gara, in un'ottica di leale collaborazione, a segnalare alla stazione appaltante dubbi di logicità della clausola, ma non la aveva impugnata, non essendo la clausola, per essa società, immediatamente lesiva: essa non impediva la partecipazione all'appalto e non imponeva oneri sproporzionati.

Ha aggiunto la Sez. VI con la sentenza in rassegna che la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicché al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto. Tale elementare e chiaro meccanismo, imposto dal diritto comunitario e nazionale, non può essere inquinato con formule matematiche ancorate a medie variamente calcolate, che: a) introducono nella valutazione della singola offerta economica elementi ad essa estranei, tratti dalle altre offerte economiche; b) introducono nella valutazione della singola offerta economica automatismi inerenti presunte anomalie, automatismi estranei al sistema e, anzi, da esso vietati; c) si prestano a facili turbative e distorsioni applicative.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI - sentenza 4 giugno 2009, n. 3448

(Sulla possibilità o meno per le stazioni appaltanti di prevedere requisiti di partecipazione più restrittivi rispetto a quelli contemplati dalla vigente legislazione).

La normativa vigente non preclude alle Stazioni appaltanti la possibilità di chiedere con i bandi di gara requisiti ulteriori, logicamente connessi all'oggetto dell'appalto. Per cui nel bando di gara l'Amministrazione appaltante può di certo autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale.

TAR VENETO SEZ. I - sentenza 26 maggio 2009, n. 1601

(Sulla illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara di una impresa per preteso difetto del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui la violazione risultante dal DURC non sia nè grave nè definitiva).

1. La regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, ma anche per la stessa partecipazione alla gara di appalto; pertanto, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura, essendo detto requisito indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze.

2. In base alla disciplina introdotta dall'art. 38, lettera i) del D.Lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara quei soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti"), **il provvedimento di esclusione dalla gara per irregolarità contributiva deve essere congruamente motivato dall'Amministrazione procedente con riguardo alla sussistenza delle condizioni di gravità e definitività della violazione.** E' pertanto illegittimo un provvedimento di esclusione da una gara di appalto, per preteso difetto del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui dal DURC risulti che si tratta di violazione non grave (i DURC nella specie non indicavano l'importo asseritamente dovuto - che era di complessivi €7.157,18, da compensarsi comunque con i contributi versati in relazione all'inquadramento applicato - e riportavano la casella degli insoluti non sbarrata, ovvero pari a €0,00, sicché doveva quanto meno escludersi la gravità della violazione), e comunque **si tratti di violazione non ancora definitivamente accertata** (nella specie risultava che era stata **impugnata la cartella di pagamento** nonché il presupposto verbale di accertamento). In tal caso, infatti, non ricorre la causa di esclusione prevista dal citato art. 38, né la dichiarazione fatta dalla parte di non trovarsi in alcuna delle situazioni di cui all'art. 38 può ritenersi non veritiera.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VIII - sentenza 22 maggio 2009 n. 2852

(Sull'istituto dell'avvalimento)

1. Gli artt. 31 e 32 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, vanno interpretata nel senso che consentono ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto.

2. In materia di requisiti di partecipazione alle gare pubbliche, la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale.

3. La potestà di avvalimento delle ditte partecipanti alle gare pubbliche, costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale, il che consente di trarre il significativo corollario che dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento non possono implicitamente ritenersi esclusi gli affidamenti per i quali la *lex specialis* di gara non abbia stabilito una disciplina derogatoria in alcun senso, ogni eventuale ipotesi di esclusione dell'applicazione di detto principio (anche a volerne per ipotesi ammettere la praticabilità) non potendo che rivestire i caratteri espressi dell'eccezionalità specificamente motivata (2).

4. Ai fini dell'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento non è sufficiente una semplice proposta, ma occorre che siano prodotti appositi documenti probatori costituiti non solo dall'impegno (in forma scritta) della impresa ausiliaria nei confronti sia dell'impresa ausiliata che della stazione appaltante, ma anche dal contratto tra quest'ultima e l'impresa ausiliata che preveda l'obbligo sinallagmatico di corrispondere all'impresa ausiliaria il corrispettivo dovuto per le sue prestazioni, anche in ciò potendosi agevolmente individuare un rafforzamento della garanzia per la stazione appaltante del buon esito dell'appalto nella parte di questo da eseguirsi a cura dell'impresa ausiliaria (3).

5. Nel caso di mancata produzione di documenti probatori idonei atti a dimostrare l'avvalimento, le carenze documentali non possono formare oggetto di richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del D.l.vo n. 163/06; infatti, nell'ipotesi considerata, l'unica possibile integrazione sarebbe non già la semplice regolarizzazione formale di un documento per il resto esistente, quanto la sostituzione integrale di un documento da ritenersi radicalmente privo di validità alcuna in mancanza di una conforme e definitiva volontà in tal senso da parte dei due contraenti, il che costituirebbe una sicura violazione della *par condicio* tra i partecipanti.

TAR CALABRIA - CATANZARO, SEZ. II - sentenza 9 giugno 2009 n. 627 -

(sulla responsabilità precontrattuale della P.A.)

1. E' configurabile una **responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di ingiustificata interruzione delle trattative**, atteso che l'esistenza di un procedimento amministrativo non esclude l'autonomia del momento procedimentale negoziale nel corso del quale la P.A. è obbligata ad osservare le regole di condotta della buona fede e della diligenza in relazione alle quali non sussistono limiti di sindacato connessi allo *status* pubblicistico di una delle parti. Inoltre, la presenza di un modello formativo della volontà negoziale predeterminato nei suoi profili procedimentali mediante la scansione degli atti, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale.

2. Il recesso dalle trattative determina responsabilità precontrattuale quando le stesse sono interrotte in assenza di una giusta causa, con lesione dell'affidamento creato nell'altro contraente.

3. Non è sufficiente ad esonerare da responsabilità precontrattuale la P.A. ed a ritenere specularmente non meritevole di protezione l'affidamento del privato la circostanza che con l'avviso pubblico i partecipanti alla procedura concorsuale erano stati informati circa la necessità che il "progetto esecutivo" oggetto della gara avrebbe dovuto essere sottoposto a tutte le "necessarie approvazioni".

4. In materia di responsabilità precontrattuale è **risarcibile il solo interesse negativo e cioè l'interesse a non intraprendere o proseguire trattative inutili**. Più precisamente, è risarcibile sia il danno emergente, rappresentato dalle spese inutilmente sostenute, sia il lucro cessante, rappresentato dalle altre occasioni favorevoli perse. **La prova di tali danni spetta, in linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità civile, alla parte lesa.**

5. In sede di determinazione del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A., **non può applicarsi in via equitativa il metodo di determinazione del danno rappresentato dalla liquidazione forfettaria di una somma pari al 10% dell'ammontare dell'offerta**. Tale metodo, infatti, è astrattamente utilizzabile, con i dovuti correttivi di natura equitativa, soltanto per la definizione delle misure risarcitorie da lesione dell'interesse positivo.

6. In sede di determinazione del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A., occorre fornire la prova del danno derivante dalle occasioni di lavoro perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rilevatesi poi inutili, essendo il danneggiato onerato a provare, sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, il nesso causale tra la condotta lesiva e il vantaggio alternativo perduto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 21 maggio 2009 n. 3144

(sul presupposto della colpa della P.A.)

1. **In sede di risarcimento dei danni** per lesione di interessi legittimi, ai fini della dimostrazione del necessario **presupposto della colpa della P.A.**, non è comunque richiesto al privato danneggiato un particolare impegno probatorio, potendo quest'ultimo invocare **l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile**. Spetterà a questo punto alla P.A. dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile 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, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.**

2. Nel caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara di appalto, non spetta all'impresa ricorrente, a titolo di risarcimento dei danni, il rimborso dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione.

3. Nel caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara di appalto, **va riconosciuto a titolo di lucro cessante il profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto.** La quantificazione di tale danno non può essere effettuata applicando, in maniera automatica e indifferenziata, il criterio (spesso utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa) del 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F. In tal modo, infatti, il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno. **Appare allora preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara.**

4. In sede di risarcimento del danno derivante da mancata aggiudicazione di una gara di appalto, l'onere di provare (l'assenza del) *l'aliunde perceptum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa. In sede di quantificazione del danno, pertanto, spetterà all'impresa **dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno.**

5. In sede di risarcimento del danno derivante da illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, **può riconoscersi anche il c.d. danno curriculare;** infatti, il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), può essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, **perché accresce la capacità di competere sul mercato** e, quindi, la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 30 aprile 2009 n. 2761

(sulla illegittimità della commissione di gara pre-individuata)

1. In base ai principi desumibili dall'ordinamento in materia di opere pubbliche (art. 91, r.d. n. 827 del 1924 ed art. 21 legge n. 109/1994), è da ritenere **illegittimo l'affidamento della conduzione della procedura di gara** non già ad un organo tecnico straordinario e temporaneo, appositamente costituito, bensì ad una **commissione stabile e permanente**, costituita prima dell'indizione della gara (nella specie, la commissione era stata costituita due anni prima).

2. **E' illegittima una commissione di una gara di appalto nel caso in cui i membri esterni chiamati a farne parte non siano stati scelti sulla base di specifiche competenze rapportate alla complessità dei problemi di tipo tecnico, progettuale, urbanistico, caratterizzanti la procedura, ma siano in possesso solo di una generica esperienza.** In tal caso, infatti, risulta violato il principio che impone che i membri della commissioni di gara siano provvisti di specifica e documentata esperienza di settore rapportata alla peculiarità della gara da svolgere, principio non solo immanente nel sistema, ma di stretta derivazione costituzionale, dal momento che un adeguato livello di professionalità dei componenti l'organo è l'unica garanzia di un effettivo rispetto dei richiamati valori costituzionali di cui all'art. 97 Cost. (fattispecie relativa a gara per la concessione di un Centro sportivo).

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I TER- sentenza 8 maggio 2009 n. 5035.

(sulla composizione della Commissione di gara)

1. La **nomina dei componenti della commissione di una gara d'appalto** può essere sindacata **solo qualora ricada su soggetti palesemente privi dei requisiti minimi** necessari per svolgere l'incarico e non quando sia assicurato un adeguato livello di professionalità dei componenti.

2. L'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti pubblici) - il quale impone, nella formazione delle commissioni di gara, la nomina di "*esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto*" - ha esteso, con carattere di generalità, al settore delle procedure ad evidenza pubblica il principio, già fissato, con riguardo all'aggiudicazione di lavori pubblici, dall'art.21 della legge n. 109 del 1994; tale norma va interpretata anche alla luce delle altre disposizioni del citato art. 84 e, sopra tutto, richiede, al fine di potersene fondatamente assumere la violazione, un giudizio condotto non *ex post*, ma affidandosi ad una valutazione c.d. *ex ante*; e cioè ad una valutazione da collocarsi idealmente in una fase anteriore alla conoscenza concreta dei progetti tecnici al fine di appurare se, già in tale fase, la lettura della *lex specialis* e del relativo capitolato deponevano inequivocamente per la natura ed il tenore tecnico dei progetti sui quali la commissione è chiamata ad esprimersi.

3. L'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti pubblici), impone alle stazioni appaltanti che i membri delle commissioni, con la sola eccezione del presidente, siano selezionati tra propri funzionari; così presumendo, quantomeno in linea di principio, che all'interno di ogni amministrazione vi siano professionalità adeguate a valutare i progetti inerenti le attività ascrivibili nell'orbita delle competenze dell'amministrazione di appartenenza. **Solo in caso di accertata carenza in organico di tali professionalità, ne è consentita la ricerca all'esterno**, secondo le indicazioni fornite nel secondo periodo del medesimo comma 8 dell'art. 84 del Codice.

4. L'art. 84, comma 2, del Codice degli appalti pubblici - il quale richiede (non alla commissione unitariamente intesa, ma) ai commissari singolarmente considerati di

essere esperti nel settore cui si riferisce l'oggetto del contratto - va interpretato secondo un criterio logico, **non potendosi pretendere il possesso, da parte di ogni membro, delle cognizioni tecnico-scientifiche** per valutare ogni aspetto, potenzialmente includibile nell'ambito di un progetto che richiede, primariamente, per il tema affrontato e trattato, cognizioni e conoscenze del tutto diverse. E ciò anche perché **rimane sempre aperta la possibilità per la stazione appaltante di affiancare, all'uopo, la commissione con uno o più esperti esterni con funzioni di consulenza e di assistenza professionale** nel circoscritto settore in cui l'organo collegiale viene eventualmente a necessitare di supporto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 25 maggio 2009 n. 3217

1. L'esame da parte della commissione giudicatrice delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche (cfr. art. 91, comma terzo, del D.P.R. n. 554 del 1999), in quanto **la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti** e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, **inficia la regolarità della procedura**.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 21 maggio 2009 n. 3146

(sul procedimento di verifica delle offerte anomale)

1. Nelle gare di appalto **il procedimento di verifica delle offerte anomale** non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto. Tale principio, già affermato dalla giurisprudenza nel vigore della l. n. 109/1994, risulta ora codificato dall'art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006.

2. Il procedimento di verifica delle offerte anomale è **avulso da ogni formalismo inutile** ed è invece **improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente**; in esso **il contraddittorio deve essere effettivo e non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte**; mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto.

3. In sede di procedimento di verifica delle offerte anomale, deve ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un

concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio che compensa il maggior costo di altre voci.

4. Occorre nettamente **distinguere tra modifica dell'offerta nel suo complesso, inammissibile, e modifica delle giustificazioni, invece ammissibile**; infatti, la presenza, nella fase del contraddittorio successivo, di eventuali significativi elementi di novità e di difformità rispetto alla prima e preventiva giustificazione non comporta una inammissibile modifica dell'offerta originaria, dovendosi in proposito distinguere tra immodificabilità dell'offerta e parametri dimostrativi della affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc.).

CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. IV - sentenza 19 maggio 2009 (n. C-538/07)

(sul contrasto con l'ordinamento comunitario dell'esclusione automatica delle imprese collegate)

1. L'art. 29, c. 1, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda 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 finalità.

2. **Il diritto comunitario osta** ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, **stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 19 maggio 2009 n. 3064

(sulla natura del processo verbale di aggiudicazione)

1. Nelle gare pubbliche, i processi verbali di aggiudicazione, qualora si riferiscano ad un'aggiudicazione pura e semplice (come quella avvenuta ordinariamente, in assenza di riserve espresse o di rinvio a successive gare da effettuarsi in completamento), si qualificano come processi verbali di aggiudicazione definitiva.

2. L'aggiudicazione provvisoria crea immediatamente obblighi contrattuali vincolanti a carico del privato contraente, mentre non è efficace per l'amministrazione finché non intervenga l'approvazione (art. 19 R.D. n. 2440/1923: c.d. **efficacia claudicante**).

3. E' **illegittimo l'annullamento** dell'intera procedura (dal bando di gara all'atto finale di aggiudicazione) ed il diniego di approvazione del verbale d'asta, ove **non siano stati preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento** ex art. 7 della L. n. 241 del 1990 al soggetto che, in buona fede, aveva formulato una valida offerta e si era aggiudicato la gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 11 maggio 2009 n. 2871

(sulla vincolatività delle prescrizioni del bando)

1. Nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, **il principio che ravvisa nel rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis* un efficace presidio a garanzia della *par condicio* tra i partecipanti può essere oggetto di temperamenti**, perché del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d'appalto va scongiurata un'applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela cui sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica.

2. E' **legittima la clausola di un bando che preveda la produzione di apposita documentazione, non prevedendo nel contempo che tale documentazione possa essere surrogata mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 43, 46 e 47 del DPR 445/00**. Infatti, l'applicazione indiscriminata alle gare d'appalto della normativa in materia di semplificazione amministrativa può portare ad una inammissibile violazione del principio della *par condicio competitorum* tutte le volte che gli atti generali che compendiano le regole di gara non abbiano espressamente previsto (anche a mezzo di generica dichiarazione di equipollenza) la possibilità di attingere a tale modalità semplificata ai fini della dimostrazione di fatti rilevanti ai fini partecipativi. Il meccanismo competitivo proprio della gara d'appalto è infatti tale per cui la lettera della *lex specialis* non è passibile di interpretazioni estensive, dato che le stesse si tradurrebbero in una violazione procedimentale in danno di quei concorrenti che si sono allineati alla legge di gara in modo pedissequo, osservandone alla lettera le prescrizioni. Se il capitolato d'appalto prescrive, come appunto nello specifico, che la potenza dei mezzi può essere provata soltanto con la produzione di determinati documenti, ammettere la dichiarazione sostitutiva di atto notorio (peraltro a prescindere da una specifica impugnativa avverso la clausola di *lex specialis* prescrittiva dell'obbligo incondizionato e dal conseguente giudizio sulla ragionevolezza di detta clausola) significherebbe forzare inammissibilmente il meccanismo delle regole di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 5 maggio 2009 n. 2817

(sulla legittimità della presentazione dell'offerta a mezzo fax)

Illegittimamente viene esclusa da una gara pubblica **una ditta che ha presentato domanda di partecipazione, a mezzo fax**, in ritardo rispetto all'ora prevista dalla *lex specialis*, **ove sia provato che l'ora indicata sul fax in uscita del concorrente escluso era inesatta**, perché l'orario di spedizione dell'apparecchio non risultava aggiornato all'ora solare, e l'ora indicata era quella legale; in tal caso, infatti, incombe l'obbligo sulla stazione appaltante di valutare opportunamente, nel rispetto del noto principio del *favor participationis*, la possibilità di considerare tempestiva la domanda, anche semplicemente verificando l'orario di arrivo del fax presso l'apparecchiatura telefax di destinazione, sicché l'attività provvedimentale della P.A. non può ritenersi conforme al principio di correttezza e di buona fede, da osservarsi obbligatoriamente nei rapporti con i soggetti privati coinvolti nelle procedure ad evidenza pubblica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 16 giugno 2009 n. 3903

(sui presupposti per la trattativa privata- ora, procedura negoziata)

E' illegittimo il provvedimento con il quale una P.A. ha affidato un servizio pubblico (nella specie si trattava della gestione del servizio di igiene ambientale in alcuni Comuni) a trattativa privata e senza il previo espletamento di una gara ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 113, comma 14, del TUEL, non già in relazione alla situazione di emergenza venutasi a creare, ma per un periodo di cinque anni in aperto contrasto con i principi della concorrenza e della evidenza pubblica, facendo generico riferimento al tempo richiesto per indire una gara.

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 160 ANNO 2009

(sull'illegittimità costituzionale parziale della legge regionale campania sui contratti pubblici)

(.....) OMISSIS

1.— Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato gli articoli 27, comma 1, lettere *l*), *p*), *t*), punti 1 e 5, della legge della Regione Campania 30 gennaio 2008, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania – legge finanziaria 2008), prospettando la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere *e*) ed *l*); nonché gli articoli 6, 7, comma 3, 14, commi 2, 3 e 4, 18, 20, comma 2, 33, 36, commi 7 e 8, 53, comma 2, 58, comma 4, 59, comma 5, 60, comma 4, della legge della Regione Campania 27 febbraio 2007, n. 3 (Disciplina dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture in Campania), adducendo la violazione del principio di leale collaborazione.

2.— In via preliminare, devono essere esaminate le censure formulate nei confronti delle disposizioni, da ultimo indicate, contenute nella citata legge regionale n. 3 del 2007.

Nella prospettiva del ricorrente, tali norme sarebbero costituzionalmente illegittime, in quanto la Regione avrebbe violato il principio di leale collaborazione che deve caratterizzare i rapporti tra i diversi livelli di governo. In particolare, si assume che in data 14 maggio 2007 si era tenuta una «riunione tecnica» in cui «la Regione si era impegnata a modificare alcune disposizioni» della legge in questione «in modo da superare i profili di illegittimità costituzionale già rilevati dal Dipartimento affari regionali, nonché dal Ministero delle infrastrutture e dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture».

Orbene, sul punto deve rilevarsi come, in mancanza di disposizioni che consentano di attribuire rilevanza sul piano costituzionale ad eventuali “accordi normativi” diretti a determinare il contenuto di testi legislativi (cfr., *ex multis*, sentenze nn. 371 e 222 del 2008; n. 401 del 2007), non può trovare ingresso nel giudizio di costituzionalità la censura che si fonda sulla violazione del principio di leale collaborazione.

Del pari, non può ritenersi ammissibile l'impugnazione diretta delle disposizioni della legge regionale n. 3 del 2007, con deduzione di vizi di costituzionalità che le inficerebbero, essendo ormai da tempo scaduto il termine perentorio per l'impugnazione diretta di tale legge ad opera del Governo.

Le censure rivolte nei confronti delle citate norme della legge regionale n. 3 del 2007 devono, pertanto, essere dichiarate inammissibili.

3.— Prima di esaminare i motivi di ricorso formulati con riferimento alla legge regionale n. 1 del 2008, è opportuno richiamare gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale relativi al riparto di competenze legislative statali e regionali in materia di contratti pubblici di appalto.

In particolare, la Corte, – pronunciandosi con la sentenza n. 401 del 2007 su alcune disposizioni contenute nel decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) – ha chiarito che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione «non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica».

Sulla base di tale premessa si è proceduto ad individuare gli ambiti materiali di competenza statale e regionale in relazione sia alla fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale.

Con riferimento alla procedura di evidenza pubblica, la Corte, con la citata sentenza, ha affermato che, in relazione a tale momento procedimentale, il titolo di legittimazione prevalente che viene in rilievo è costituito dalla tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale *ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.*

Più precisamente, in tale ambito si possono ricomprendere: a) «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi,

di misure *antitrust*; b) le disposizioni legislative «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (citata sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato”; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da garantire «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati ad assicurare la concorrenza “per il mercato”.

Nello specifico settore degli appalti possono certamente venire in rilievo disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali, sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti all'ingresso di nuovi operatori economici.

In questa sede assumono, però, rilevanza, in particolare, le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza “per il mercato”. Si tratta di disposizioni che, sul piano comunitario, tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazioni di servizi; sul piano interno, le norme in esame sono funzionali, tra l'altro, a garantire il rispetto dei principi di buona amministrazione, di imparzialità, nonché il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alle specifiche procedure di gara (citata sentenza n. 401 del 2007).

Inoltre, con riferimento alla fase negoziale, che ha inizio con la stipulazione del contratto, questa Corte ha avuto modo di rilevare come l'amministrazione si ponga in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisca non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Ne consegue che la disciplina della predetta fase deve essere ascritta prevalentemente all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto. Ciò non significa, però, si è puntualizzato con la sentenza richiamata, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo alla autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva.

Individuati gli ambiti di materie in cui, in prevalenza, si colloca la disciplina dell'attività contrattuale della amministrazione nel settore dei pubblici appalti, è necessario verificare, ai fini della risoluzione delle questioni poste all'esame della Corte, quali siano gli spazi riconosciuti alla competenza regionale, in particolare, in relazione alla disciplina della procedura di evidenza pubblica che di volta in volta viene in rilievo.

Sul punto, la Corte, con la citata sentenza n. 401 del 2007, ha posto in evidenza come nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità: infatti, la interferenza con le competenze regionali «si atteggia in modo peculiare non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza

regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa». Ne consegue che «la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata», nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore statale.

In questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedurali che afferiscono a materie di propria competenza; dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale.

Questa Corte ha poi affermato che, «al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni», è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre «effetti proconcorrenziali», purché tali effetti «siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza» (sentenza n. 431 del 2007; si veda anche sentenza n. 322 del 2008).

4.— Alla luce di quanto sopra, va osservato che lo Stato, con il ricorso in esame, ha, innanzitutto, impugnato l'art. 27, comma 1, lettera l), della **legge della Regione Campania n. 1 del 2008**, il quale, nel modificare l'art. 30, comma 5, della precedente legge n. 3 del 2007, **consente il ricorso all'istituto dell'avvalimento soltanto in relazione agli appalti di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria**. Ciò contrariamente a quanto previsto dagli art. 49 e 121 del d.lgs. n. 163 del 2006, i quali legittimano invece il ricorso a tale istituto anche in relazione ai contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, con conseguente violazione della competenza statale in materia di ordinamento civile.

La censura è fondata.

Innanzitutto, deve rilevarsi come questa Corte, con la sentenza n. 401 del 2007, abbia già avuto modo di affermare come, «**pur in presenza di un appalto sotto-soglia, debbano essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato**». Si è, inoltre, posto in evidenza che «la stessa direttiva comunitaria 2004/18, al considerando numero 2, ha previsto, in generale per tutti gli appalti, che l'aggiudicazione negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza». Ciò implica, si è puntualizzato con la medesima sentenza, «che la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. Tale ambito ha, infatti, una portata che trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, al valore economico dell'appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale». E se si riconosce, nello specifico, la sussistenza di tale esigenza, in relazione ovviamente a finalità di tutela della concorrenza, deve conseguentemente ammettersi la legittimazione statale a

disciplinare l'istituto secondo le modalità proprie degli appalti di rilevanza comunitaria.

Chiarito, dunque, che la distinzione tra contratti sopra e sotto-soglia non può costituire, nei limiti anzidetti, un netto elemento di differenziazione ai fini della individuazione del livello di competenza statale o regionale, occorre stabilire in quale ambito materiale debba essere collocato l'istituto dell'avvalimento.

A tale proposito, il primo comma dell'art 49 del Codice degli appalti stabilisce che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara per l'affidamento di lavori, servizi, forniture, «può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto», in presenza delle condizioni puntualmente indicate nel secondo comma del medesimo articolo 49.

Dalla indicazione delle caratteristiche dell'istituto emerge come la finalità perseguita dal legislatore statale, in linea con le prescrizioni comunitarie, sia quella di consentire a soggetti, che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che sia in possesso dei necessari requisiti, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49. Si ottiene, pertanto, il risultato di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principî di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. L'analisi del dato finalistico consente, dunque, di fare rientrare la normativa in esame nell'ambito della tutela della concorrenza.

Deve, però, precisarsi che alcuni aspetti della disciplina dell'avvalimento – relativi, in particolare, da un lato, agli obblighi assunti dall'impresa ausiliaria «verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente» (art. 49, comma 2, lettera *d*); dall'altro, al «contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto» (art. 49, comma 2, lettera *f*) – sono riconducibili alla materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza esclusiva dello Stato *ex* art. 117, secondo comma, lettera *l*), Cost. Si tratta, infatti, di profili di disciplina che afferiscono, a prescindere dalla loro esatta qualificazione giuridica, a vicende comunque di natura essenzialmente privatistica.

L'individuazione dei predetti titoli di legittimazione statali – che rilevano, per le considerazioni già esposte, anche in presenza di un appalto di rilevanza non comunitaria e che consentono di ritenere non fondata l'eccezione di inammissibilità proposta dalla difesa regionale sulla base della circostanza che lo Stato avrebbe evocato soltanto la materia dell'ordinamento civile – esclude che la Regione possa adottare una disciplina diversa da quella prevista a livello nazionale.

Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 27, comma 1, lettera *l*), della legge regionale n. 1 del 2008 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere *e*) ed *l*) Cost.

Tale declaratoria deve essere estesa, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, all'art. 20, comma 2, della legge regionale n. 3 del 2007, il quale, con norma inscindibilmente connessa a quella dichiarata

costituzionalmente illegittima, stabilisce che «le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, escludono la possibilità di ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli artt. 49 e 50 del Codice e successive modificazioni».

5.— Lo Stato ha, inoltre, censurato l'art. 27, comma 1, lettera *p*), della legge regionale n. 1 del 2008, che, nel modificare l'art. 38, comma 5, lettera *b*), della legge regionale n. 3 del 2007, ha previsto la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando nell'anno successivo alla stipulazione del contratto iniziale nel caso di nuovi servizi consistenti nella ripetizione dei servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario.

Nella prospettiva del ricorrente tale norma sarebbe illegittima perché in contrasto, da un lato, con quanto stabilito dall'art. 57, comma 5, lettera *b*), del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede il più ampio termine di tre anni dalla stipulazione del contratto originario per potere ricorrere a tale metodo di affidamento dei lavori, e, dall'altro, con l'art. 4, comma 3, dello stesso decreto, che attribuisce allo Stato il compito di individuare le procedure di affidamento. Da qui la violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza.

La censura è fondata.

La competenza statale in materia di tutela della concorrenza ricomprende anche la disciplina delle procedure negoziate. La indicazione, infatti, dei rigorosi presupposti che autorizzano il ricorso a tali procedure si inserisce in un ambito di disciplina unitario finalizzato ad assicurare un sistema di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, che consenta la deroga ai normali metodi di gara soltanto in presenza delle condizioni puntualmente individuate dal legislatore statale.

La norma in esame, intervenendo in un ambito di competenza esclusiva statale, ha un contenuto diverso rispetto a quanto stabilito a livello nazionale. Il Codice degli appalti autorizza, infatti, il ricorso al metodo di gara in esame nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale; il legislatore regionale, invece, consente l'applicazione di tale metodo «solo nell'anno successivo alla stipulazione del contratto iniziale così da permettere alla stazione appaltante di verificare il servizio reso e riavviare la procedura di gara».

Ne consegue che la norma impugnata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost., senza che possa assumere rilievo, in mancanza di un autonomo titolo di legittimazione regionale, la circostanza, addotta dalla parte resistente, secondo cui tale norma sarebbe legittima in ragione della sua idoneità a produrre effetti proconcorrenziali.

6.— Lo Stato ha, inoltre, censurato l'art. 27, comma 1, lettera *t*), punto 1, della legge regionale n. 1 del 2008, che ha stabilito che le stazioni appaltanti, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, «prevedono nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia».

Secondo l'Avvocatura generale dello Stato, tale disposizione violerebbe la competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, tenuto conto che l'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce, ricorrendo le condizioni sopra indicate, che la stazione appaltante ha la facoltà e non l'obbligo di procedere all'esclusione automatica.

Anche tale censura è fondata.

Sul punto, questa Corte – in relazione al procedimento di verifica e di esclusione delle offerte «anormalmente basse» fondato, nel settore degli appalti di rilevanza comunitaria di cui agli articoli 86 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, sul rispetto del principio del contraddittorio – ha già avuto modo di rilevare che tale principio «imposto dal diritto comunitario, è finalizzato, da un lato, a verificare se, in ipotesi, l'impresa non si trovi nelle condizioni di garantire in maniera efficace il risultato perseguito dall'amministrazione ad un prezzo più basso rispetto a quello che sono in grado di offrire le altre imprese; dall'altro, non consentendo provvedimenti di esclusione automatica (...), a perseguire l'obiettivo della più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara» (sentenza n. 401 del 2007).

Si è, pertanto, concluso che nel predetto procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte anomale «assume preminenza la finalità di informare il procedimento stesso alle regole della concorrenza nella fase di scelta del contraente», con conseguente competenza legislativa esclusiva statale *ex art. 117, secondo comma, lettera e)*, Cost.

Sulla base di tale premessa, deve ritenersi che siffatta competenza sussista anche in relazione alla disciplina della procedura di verifica delle offerte anomale nell'ambito degli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria, al fine di assicurare, tra l'altro, il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione (in questo senso, da ultimo, nella materia in esame, Corte di giustizia 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06).

Il legislatore statale, sul punto, ha previsto, all'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, in capo alla stazione appaltante, il potere discrezionale di valutare l'opportunità di procedere all'esclusione automatica ovvero verificare in contraddittorio l'anomalia dell'offerta. A ciò va aggiunto che l'art. 1, comma 1, lettera *bb)*, n. 2, del decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152 (Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62) ha modificato – proprio al fine di aumentare l'area di concorrenzialità – la norma statale, la quale ora prevede che la facoltà di esclusione automatica «non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci».

Il legislatore regionale ha dettato una disciplina diversa da quella statale, prevedendo che la stazione appaltante è obbligata a procedere sempre ed in ogni caso all'esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di un contratto di appalto di rilevanza non comunitaria. Tale previsione, eliminando radicalmente qualunque potere di valutazione tecnica in capo all'amministrazione mediante l'attivazione di procedure di verifica in contraddittorio, viola i principi della concorrenza. La previsione, infatti, di un potere vincolato di esclusione automatica restringe aprioristicamente la possibilità di partecipazione di un numero più elevato di operatori economici, ledendo le regole concorrenziali sancite a livello comunitario e nazionale.

La norma impugnata deve, pertanto, essere dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, Cost.

7.— Infine, lo Stato ha impugnato l'art. 27, comma 1, lettera *t)*, punto 5, della legge regionale n. 1 del 2008, in quanto tale norma, disciplinando la qualificazione dei concorrenti, violerebbe la potestà normativa esclusiva statale in materia di

tutela della concorrenza, tenuto conto che l'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006 detta una regolamentazione diversa e che l'art. 4, comma 3, del medesimo decreto attribuisce allo Stato il compito di disciplinare la “qualificazione” dei concorrenti.

Anche tale censura è fondata.

La norma impugnata – inserita nel testo di una disposizione relativa ai «criteri di individuazione e di verifica delle offerte anormalmente basse» (art. 46 della legge regionale n. 3 del 2007) – prevede che, nell'ambito dei «requisiti per la qualificazione» degli esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici di cui all'art. 22, comma 2, della medesima legge regionale, «devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa e quelle fornite dai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza se sono stati istituiti. Tale norma ha valore anche in corso d'opera».

Detta disposizione regionale riprende, nella prima parte, il contenuto del comma 4-*bis* dell'art. 87 del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dall'art. 1, comma 909, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007). Rispetto alla norma statale viene aggiunto, da un lato, il riferimento alle informazioni «fornite dai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza se sono stati istituiti»; dall'altro, l'affermazione dell'applicazione della norma «in corso d'opera».

Chiarito ciò, deve rilevarsi come sia la disciplina del procedimento di verifica delle offerte anomale, sia il sistema di qualificazione delle imprese partecipanti alle procedure di gara rientrano nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (sentenza n. 401 del 2007). Spetta, dunque, esclusivamente allo Stato, sempre nei limiti del rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, individuare i “requisiti per la qualificazione” rilevanti nell'ambito della procedura di valutazione tecnica dell'anomalia delle offerte, al fine di garantire una disciplina unitaria a livello nazionale e di assicurare, tra l'altro, parità di trattamento agli operatori economici del settore.

8.— Infine, deve rilevarsi come la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle riportate norme contenute nella legge della Regione Campania n. 1 del 2008 non possa comportare – ad eccezione di quanto già affermato (punto 4) in relazione all'art. 20, comma 2, della legge regionale n. 3 del 2007 – la declaratoria di illegittimità consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, degli articoli 6, 7, comma 3, 14, commi 2, 3 e 4, 18, 20, comma 2, 33, 36, commi 7 e 8, 53, comma 2, 58, comma 4, 59, comma 5, 60, comma 4, della citata legge regionale n. 3 del 2007, richiesta dalla difesa dello Stato.

Tale pronuncia è possibile unicamente nel caso in cui sussista tra le norme dichiarate illegittime e le altre non impugunate un rapporto di inscindibile connessione. Nel caso in esame detto rapporto non sussiste. Le disposizioni oggetto della legge n. 3 del 2007, sopra richiamate, presentano un contenuto che non si pone in stretta connessione con le norme ora dichiarate costituzionalmente illegittime; con la conseguenza che, come si è innanzi precisato, esse avrebbero dovuto formare oggetto di rituale impugnazione nel rispetto dei termini perentori prescritti dall'art. 31 della legge n. 87 del 1953.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

a) *dichiara* l'illegittimità costituzionale degli articoli 27, comma 1, lettere *l*), *p*), *t*), punti 1 e 5, della legge della Regione Campania 30 gennaio 2008, n. 1

(Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania – legge finanziaria 2008);

b) *dichiara*, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 20, comma 2, della legge della Regione Campania 27 febbraio 2007, n. 3 (Disciplina dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture in Campania);

c) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 6, 7, comma 3, 14, commi 2, 3 e 4, 18, 20, comma 2, 33, 36, commi 7 e 8, 53, comma 2, 58, comma 4, 59, comma 5, 60, comma 4, della legge regionale n. 3 del 2007, promosse, in riferimento al principio di leale collaborazione, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 18 maggio 2009. Depositata in Cancelleria il 22 maggio 2009.

*Rassegna di giurisprudenza
su recenti questioni problematiche in tema di attività
contrattuale
della Pubblica Amministrazione*

4° fascicolo

a cura di

Francesco Armenante

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 10 settembre 2009, n. 5427

(Sulla struttura bifasica della procedura di gara e sulla necessità di apposita motivazione sull'interesse pubblico nel caso di annullamento o revoca dell'aggiudicazione di una gara).

1. Quantunque nei contratti della P.A. l'**aggiudicazione**, quale **atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente**, segni di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa Amministrazione di concludere il contratto e del privato, manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore, **non è tuttavia precluso all'Amministrazione di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento** dell'aggiudicazione, fondandosi detta potestà di annullamento in autotutela sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la P.A. ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire.

2. **E' illegittimo il provvedimento di revoca** dell'aggiudicazione di una gara di appalto (nella specie si trattava di un appalto del servizio di trasporto scolastico), **motivato** non già con riferimento ad elementi, preesistenti alla procedura di gara o sopravvenuti nelle more della stipula del contratto riguardanti la ditta aggiudicataria (quali per esempio la obiettiva carenza o l'inidoneità dei mezzi indicati per l'espletamento della gara, ovvero la mancanza delle autorizzazioni di legge all'esercizio del trasporto di studenti, ovvero la sopravvenuta incapacità finanziaria), quanto piuttosto ad **un giudizio prognostico**, ma meramente ipotetico, **di incapacità dell'aggiudicataria di espletare il servizio aggiudicato a causa delle irregolarità ed inadempienze nel periodo di prova. Le eventuali inadempienze od irregolarità nel periodo di prova**, infatti, appartengono alla fase di esecuzione del rapporto, così che esse possono dar luogo alla risoluzione contrattuale e non già all'esercizio di poteri pubblicistici di revoca dell'aggiudicazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 10 settembre 2009, n. 5426

(Sulla natura eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando e sulla illegittimità del ricorso ad essa nel caso di urgenza derivante da carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero da mera inerzia o responsabilità della P.A.).

1. Il ricorso al sistema di scelta del contraente mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, previsto dall'art. 55, comma 2, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale 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 estensiva.

2. Ai fini di poter fare ricorso legittimamente al sistema della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, previsto dall'art. 55, comma 2, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in considerazione dell'urgenza di provvedere, occorre che tale urgenza non sia addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (alla stregua del principio è stato ritenuto illegittimo il ricorso al suddetto sistema, atteso che **non erano stati indicati eventi oggettivamente imprevedibili**, risultando per contro che il ricorso alla procedura negoziata era **addebitabile esclusivamente alla lentezza ed alla farraginosità dell'azione amministrativa**; d'altra parte, il riferimento alla ricorrenza del periodo feriale e dunque ad una minore operatività degli uffici, non costituiva fatto imprevedibile, idoneo a legittimare l'utilizzo di un sistema eccezionale di scelta del contraente).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 28 agosto 2009, n. 5105

(Sul divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta).

1. Costituisce **principio generale** regolatore delle gare pubbliche il **divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi** afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. Tale principio, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione.

2. E' illegittimo un bando di gara di appalto, da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella parte in cui ha attribuito rilevanza, in sede di assegnazione del punteggio, ai requisiti 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).

Secondo il Giudice amministrativo il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore è particolarmente sottile, stante la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Tale commistione apparentemente inestricabile, che rende in concreto non pertinente il principio astratto fin qui enucleato, **viene tuttavia 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 e delle attrezzature da adibire alle prestazioni interessate dell'appalto.**

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II - sentenza 30 luglio 2009, n. 7706

(Sui limiti del potere delle Stazioni appaltanti di prevedere condizioni di partecipazione più restrittive rispetto a quelle stabilite dal Codice dei contratti).

1. Il Codice dei contratti pubblici (D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163), con le norme in esso contenute, non ha inteso introdurre la possibilità in favore delle stazioni appaltanti di prevedere disposizioni nella *lex specialis* di gara volte a ridurre, ingiustificatamente, la platea dei potenziali concorrenti, relegando al contrario la possibilità per l'Amministrazione di introdurre delle "clausole-ostacolo" nel bando o nel capitolato solo laddove tali disposizioni siano motivate espressamente e trovino ragione nelle peculiarità dell'oggetto dell'appalto da affidarsi (tanto che l'art. 74, comma 5, del Codice dei contratti pubblici impone alle stazioni appaltanti di richiedere alle concorrenti, nel confezionare l'offerta, di corredarla dei soli elementi essenziali prescritti dallo stesso Codice, nonché degli altri elementi e documenti necessari o utili, ma pur sempre "nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta").

2. L'art. 46 del D.L.vo n. 163 del 2006, nel disporre che le Amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e **ad integrare la carente documentazione presentata**, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma piuttosto codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, **entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti**, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6 della L. 7 agosto 1990 n. 241.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 7 settembre 2009, n. 5224

(Sull'annullamento dell'aggiudicazione di una gara a trattativa privata in quanto la ditta aggiudicataria era diversa da quella invitata alla trattativa).

1. Il nostro ordinamento **prevede che vi sia un principio di immodificabilità soggettiva** dei partecipanti alle gare pubbliche, così da consentire all'Amministrazione la conoscenza dei requisiti di idoneità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti. Tale principio nasce dall'esigenza di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici un controllo preliminare dei requisiti dei concorrenti e di impedire che tale verifica venga vanificata o elusa con modificazioni soggettive in corso di gara delle imprese candidate.

2. E' legittima la delibera con la quale la P.A. appaltante, dopo essersi resa conto che la ditta cui era stata aggiudicata non corrispondeva alla ditta destinataria dell'invito alla gara mediante trattativa privata, ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e del relativo contratto. E' irrilevante a tal fine la circostanza che si trattava di trattativa privata, atteso che l'Amministrazione comunque aveva previamente selezionato le ditte da invitare, apprezzandone i requisiti di capacità tecnica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 4 agosto 2009, n. 4906

(Sulla portata della dichiarazione dell'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006).

1. Nel caso in cui il bando non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ma specifici che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive, si richiede una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 del Codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione. In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.

2. Nel caso in cui il bando di gara richieda una dichiarazione da cui risulti "l'insussistenza, ai sensi dell'art. 38, c. 1, del d.lgs. 163/2006, di una delle cause di esclusione dalle gare di appalto", non costituisce di per sé dichiarazione falsa, e non dà luogo ad autonoma causa di esclusione, la omessa menzione di condanne penali non gravi e la omessa menzione di violazioni contributive che non sono gravi o non sono state definitivamente accertate, atteso che, nell'ipotesi in questione, il bando, per come è formulato, non impone di dichiarare qualsivoglia condanna penale o violazione contributiva, tenuto conto peraltro del fatto che le cause di esclusione dalle gare sono da ritenere tassative, e che va applicato il principio di massima partecipazione alle gare.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 9 giugno 2009, n. 3575

(Sul divieto di rendere nota l'offerta economica).

1. Nella procedura dell'appalto-concorso, connotata da una netta separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, **il principio di segretezza dell'offerta economica impone che sia interdetto al seggio di gara**, finché non sia stata ultimata la valutazione delle offerte tecniche, la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti, onde scongiurare che il seggio di gara sia influenzato, nella valutazione dell'offerta tecnica, dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica; alla eventuale violazione del principio di segretezza dell'offerta economica consegue necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara, **anche in assenza di espresse previsioni della lex specialis**.

2. Va esclusa una ditta che ha **violato il principio di segretezza dell'offerta economica**, inserendo all'interno del plico contenente l'offerta tecnica anche il **computo metrico estimativo**, in tal modo palesando al seggio di gara, **prima dell'apertura della busta** con l'offerta economica, i termini economici della stessa.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I - sentenza 20 luglio 2009, n. 4398

(Sulla possibilità di annullare l'aggiudicazione quando i lavori siano in corso).

Sussiste il potere della P.A. appaltante di disporre **l'annullamento d'ufficio in autotutela** dell'aggiudicazione, pur se in epoca successiva alla stipulazione del contratto di appalto con l'aggiudicatario, **persino quando siano in corso i lavori**; né costituisce di per sé un ostacolo all'esercizio del generale potere di riesame in un momento successivo alla conclusione del procedimento la presenza, nel procedimento di aggiudicazione degli appalti pubblici, di strumenti tipici di verifica immediata dell'attività compiuta dall'amministrazione, come, ad es., l'approvazione degli atti di gara e l'eventuale controllo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 3 settembre 2009, n. 5171

(Sulla portata del favor participationis e sulla possibilità di integrazione).

1. Il *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, dovendo in tal caso far prevalere il diritto alla parità di trattamento; in particolare, 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, trattandosi di adempimento univocamente previsto dal bando con espressa comminatoria.

2. **L'esclusione dalla gara** dell'aggiudicataria provvisoria in conseguenza della verifica del possesso dei requisiti autocertificati **non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento**, atteso che tale verifica rientra nell'unitario procedimento di gara già in corso e del quale i partecipanti sono già a conoscenza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 agosto 2009, n. 5004

(Sul presupposto della colpa della P.A. necessario per riconoscere il risarcimento dei danni, nel caso di violazione delle regole partecipative di cui agli artt. 7 e segg. della L. n. 241 del 1990 e sulla quantificazione del danno nel caso di illegittima aggiudicazione di una gara di appalto).

1. L'omesso rispetto delle regole partecipative di cui agli artt. 7 e segg. della legge n. 241 del 1990, anche alla luce del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento (cd. *legittimate expectation*), integra gli estremi dell'errore qualificato e caratterizzato, e, in definitiva, **sostanzia la nozione normativa di "colpa"** che viene in rilievo ai fini del risarcimento dei danni prodotti dalla P.A. per lesione di interessi legittimi.

2. Nel caso di illegittima aggiudicazione di una gara di appalto di lavori pubblici (nella specie si trattava di lavori stradali), aggiudicazione alla quale la ricorrente vittoriosa avrebbe avuto diritto, appare equo quantificare il danno, in ossequio ad una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato e in considerazione delle caratteristiche dell'appalto, nella misura del 10% dell'offerta economica presentata dalla parte ricorrente. Su detta somma andranno computati gli interessi legali dalla data di pubblicazione della decisione fino al soddisfo.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER - sentenza 18 luglio 2009, n. 7103

(Sul divieto di introdurre nuovi criteri o sub criteri di valutazione delle offerte e sulla determinazione dei danni nel caso di illegittima aggiudicazione di una gara).

1. Nel caso di gare svolte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **deve escludersi la possibilità dell'introduzione da parte della commissione di nuovi criteri o sub criteri oltre quelli già fissati e indicati nel bando**, dovendosi limitare al massimo la discrezionalità della medesima commissione, atteso peraltro che l'introduzione di nuovi criteri di valutazione delle offerte si porrebbe in contrasto con il principio di parità di trattamento e di par condicio tra imprese.

2. Il risarcimento del danno per illegittima aggiudicazione è riferito sostanzialmente alla **"perdita di chance"**, ovvero al guadagno che l'impresa avrebbe potuto ottenere, in base ad una ragionevole valutazione di probabilità e alle regole del mercato.

3. In sede di risarcimento del danno arrecato dalla illegittimità della mancata aggiudicazione, il **"lucro cessante"** può essere **direttamente rapportato all'utile** che l'impresa avrebbe conseguito a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata, che la prevalente giurisprudenza mutua dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, **nella misura del 10% dell'importo dell'appalto**. La somma risultante deve considerarsi compensativa anche del "danno emergente", identificato nel costo affrontato dalla società per la presentazione dell'offerta.

4. **In linea di massima deve ammettersi che una impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale (c.d. "danno curriculare")**, che consiste nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione. **La quantificazione di tale voce di danno va operata in via equitativa, riconoscendo una somma pari ad una percentuale (variabile dall'1% al 5%) applicata sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante.**

TAR TOSCANA, SEZ. I - sentenza 23 settembre 2009 n. 1473

(Sul requisito della moralità professionale, sulla portata di una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p., sulla diversità delle sanzioni applicabili in caso di assenza del predetto requisito e in caso di violazione dell'art. 48 del codice dei contratti)

1. E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una impresa, per mancanza del requisito della moralità professionale *ex art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici)*, nel caso in cui sia risultato che nei confronti del legale rappresentante dell'impresa esclusa era stata irrogata una condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p. in relazione ad un tentativo di truffa aggravata ed il concreto comportamento posto in essere sia stato ragionevolmente ritenuto, sulla base di un apprezzamento discrezionale rimesso alle valutazioni dell'Amministrazione, integrante gli estremi di un reato grave che attesta una carente moralità. **È in proposito irrilevante che il reato sia stato solo tentato e non consumato, poiché ciò che rileva è che la condotta del soggetto sia stata integralmente portata a compimento, indipendentemente dal verificarsi dell'effetto;** ne deriva che il fatto che il reato sia rimasto a livello di tentativo non attenua minimamente la gravità della condotta.

2. Ai fini di evitare il venir meno del requisito della moralità professionale *ex art. 38, citato*, è necessaria non solo una mera dissociazione dell'impresa interessata, ma anche che essa sia stata concretamente dimostrata mediante atti concreti.

3. Nel caso di condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p., **il mero trascorrere del tempo non consente di considerare il reato legalmente estinto**, ai sensi dell'art. 445, 2 comma, cod. proc. pen., poiché ai fini della estinzione del reato è pur sempre necessario un intervento ricognitivo del giudice.

4. La **triplice sanzione (esclusione dalla gara; escussione della cauzione provvisoria; segnalazione all'autorità di vigilanza)** è applicabile alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale *ex articolo 38 dello steso decreto*, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara. L'ipotesi di carenza dei requisiti di carattere generale - regolata dall'art. 38 del citato D. Lgs., che prevede in tal caso solo l'esclusione del concorrente dalla gara - è, infatti, cosa diversa da quella relativa al mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, disciplinata dall'art. 48, che riconnette a tale circostanza non solo l'esclusione del concorrente dalla gara, ma anche l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta illegittima l'applicazione della sanzione dell'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza per carenza di uno dei requisiti soggettivi di carattere generale, di cui all'art. 38).

CORTE CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - sentenza 4 settembre 2009 n. 19206

(Sulla necessità della forma scritta per l'esistenza di un contratto stipulato dalla P.A. e sulla portata assolutamente eccezionale dell'ipotesi di esecuzione orale di lavori)

1. Ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato) **tutti i contratti stipulati dalla P.A.**, anche quando quest'ultima agisca *iure privatorum*, **richiedono la forma scritta *ad substantiam***, pur se consistano in appalti di manufatti di modesta entità, con esclusione, quindi, di qualsiasi manifestazione di volontà implicita, desumibile da comportamenti meramente attuativi; **e vanno consacrati in un unico documento**, salva la deroga di cui all'art. 17, R.D. citato, per i contratti conclusi con ditte commerciali in cui è consentita la conclusione a distanza, a mezzo di corrispondenza.

2. In materia di appalto di opere pubbliche **l'ipotesi di ordine orale di esecuzione è del tutto eccezionale** e non solo deve essere giustificata da ragioni di assoluta urgenza, ma va comunque seguita dalla formale stipulazione del contratto (art. 337 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F), senza la quale l'Amministrazione non è tenuta al pagamento del corrispettivo.

3. E' inammissibile una domanda di arricchimento senza causa proposta nei confronti di un Comune nel caso di ordine di esecuzione di lavori pubblici dato verbalmente dal Sindaco, atteso che in tale ipotesi manca il requisito essenziale di proponibilità di cui all'art. 2042 cod. civ., e cioè la sussidiarietà dell'azione esclusa, nella specie, dalla responsabilità del Sindaco che, secondo la prospettazione della impresa attrice, avrebbe conferito l'incarico invalido; al riguardo, infatti, trova applicazione l'art. 23, comma 4, del D.L. 2 marzo 1989, n. 66, convertito con emendamenti nella L. 24 aprile 1989, n. 144 (Disposizioni urgenti in materia di autonomia impositiva degli enti locali e di finanza locale), che, in tale ipotesi, pone il rapporto obbligatorio tra il privato, fornitore di beni o servizi, e l'amministratore o funzionario che abbiano consentita la fornitura.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I - sentenza 3 luglio 2009, n. 3726

(Sull'incompatibilità prevista per i componenti delle commissioni di gara dall'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006)

1. La causa di incompatibilità prevista dall'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 (ed dal precedente art. 21, comma 5, L. 109/1994), mira ad impedire la partecipazione alla commissione di soggetti che, nell'interesse proprio od in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III TER - sentenza 15 luglio 2009, n. 7006

(Sulle conseguenze che si producono nel caso di omessa presentazione delle c.d. giustificazioni preventive delle offerte e sulla motivazione necessaria e sufficiente nel caso in cui le giustificazioni in contraddittorio siano considerate congrue)

1. Le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento, mentre non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione. Ciò in quanto, secondo il diritto comunitario, la verifica delle offerte anomale avviene in contraddittorio ed esso deve essere successivo alla presentazione delle offerte, onde deve essere sempre consentito all'offerente di presentare le giustificazioni nel momento in cui si svolge la verifica di anomalia. Di conseguenza, a fronte di clausole del bando non univoche nel senso di prescrivere la presentazione delle giustificazioni in sede di offerta a pena di esclusione, occorre seguire un criterio non formalistico e ritenere ammissibile la richiesta di elementi di chiarificazione successivamente al momento della presentazione dell'offerta.

2. La motivazione sul giudizio di anomalia dell'offerta, mentre deve essere rigorosa ed analitica nel caso di giudizio negativo sull'anomalia, nel caso, invece, di giudizio positivo, ossia di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non deve essere altrettanto puntuale ed analitica, essendo sufficiente in tal caso anche una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa interessata, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate.