

**Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica**

a cura di Francesco Armenante



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 18 marzo 2010, n. 1589

Sull'ammissibilità della verbalizzazione unica riferita a più sedute e sui limiti della sindacabilità della valutazione delle offerte anomale.

Il giudizio di **verifica della congruità** di un'offerta sospettata di anomalia ha **natura globale e sintetica** sulla serietà dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale della P.A., di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto.

Nelle gare di appalto, la **verbalizzazione unica riferita a più sedute** non è di per sé illegittima, a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi; in ogni caso, sul giudicante grava sempre l'obbligo di verificare, previo esame della fattispecie concreta, se la verbalizzazione unica e differita abbia determinato un *vulnus* apprezzabile degli interessi in gioco.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 16 marzo 2010, n. 1513

Sulla legittimità dell'esclusione da una gara pubblica dell'impresa capogruppo e mandataria di una a.t.i., che, ai fini della dimostrazione del requisito della moralità professionale, ha omesso di produrre il certificato del casellario giudiziale od una dichiarazione sostitutiva autenticata.

Qualora il bando di una gara di appalto commini l'**esclusione obbligatoria** in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento e l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva o ancora sulla congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è **autovincolata** al momento dell'adozione del bando.

Il **certificato del casellario giudiziale** costituisce elemento necessario per comprovare il possesso dei requisiti di moralità professionale necessari per legittimare la contrattazione tra la pubblica amministrazione ed il privato. La sua produzione è prescritta allo scopo di consentire all'amministrazione l'immediato accertamento della idoneità morale del contraente evitando di esperire indagini di ufficio ovvero di chiedere la documentazione idonea in un momento successivo, onde deve ritenersi che la mancata produzione del certificato stesso comporta l'esclusione della impresa inottemperante.

Nel caso in cui la lettera invito richieda che debba prodursi anche il "certificato generale del casellario giudiziale di data non anteriore a sei mesi da quella fissata per la licitazione o dichiarazione sostitutiva", va esclusa dalla gara una ditta che non abbia prodotto il certificato del casellario giudiziale, ovvero una dichiarazione sostitutiva.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 11 marzo 2010, n. 1443

Sui limiti delle stazioni appaltanti, negli appalti di forniture, di individuare particolari caratteristiche tecniche dei prodotti da fornire e sulle modalità di determinazione del danno da perdita di chance.

La **motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio** con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo.

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

In tema di appalti di forniture, l'Amministrazione può legittimamente individuare particolari caratteristiche tecniche, ma a condizione che la loro specificazione sia effettuata con riferimento ad elementi in grado distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; di conseguenza, **è vietato prevedere specifiche tecniche, che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la clausola di equivalenza**, ammissibile quando le stazioni appaltanti non possano fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche tecniche sufficientemente precise.

E' **illegittimo l'operato di una commissione** di una gara per l'appalto di forniture di apparecchiature elettromedicali da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui, **dopo** la presentazione delle offerte, la commissione stessa abbia **inserito** quale **ulteriore criterio** - oltre quelli contenuti nel bando in ordine decrescente di importanza e i sub criteri specificati in quest'ultimo - quello "dell'omogeneità con le apparecchiature esistenti", atteso che, anche in base ai principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria, sussiste il **divieto di introdurre ex post elementi** che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.

In sede di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, mentre non è ravvisabile il necessario presupposto della colpa della P.A. allorché quest'ultima abbia conformato la propria azione a consolidate interpretazioni giurisprudenziali, di converso deve ritenersi che, salvo casi eccezionali, **colpa possa ravvisarsi allorché la condotta dell'Amministrazione si sia posta in termini collidenti ed antitetici rispetto a plurime e consolidate interpretazioni giurisprudenziali**.

Il **risarcimento dei danni** per perdita di *chance* va quantificato con **la tecnica della determinazione dell'utile** che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria, **scontato** percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara, posto che tale tipo di danno - non potendo essere provato nel suo preciso ammontare - deve essere quantificato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. (in applicazione del principio nella specie l'ammontare del risarcimento è stato fissato nella percentuale del 5% del prezzo offerto - per la perdita di chance, comprensiva



dell'ipotizzato e richiesto "danno curricolare"; è stato precisato che tale ammontare va maggiorato degli interessi legali decorrenti dal momento della presentazione della domanda giudiziale ed eventualmente dell'ulteriore rivalutazione monetaria, ove superiore a tale saggio).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 15 marzo 2010, n. 1550

Sulla legittimità dell'esclusione di una ditta che ha ommesso di dichiarare un grave inadempimento in un contratto di appalto con una P.A. diversa da quella appaltante.

E' **legittima l'esclusione** dalla gara disposta *ex art. 38, comma 1, lett. f)*, del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici), facendo riferimento al fatto che l'impresa esclusa ha **omesso di dichiarare l'intervenuta risoluzione di un precedente contratto** stipulato con Amministrazioni pubbliche, a nulla rilevando che detta risoluzione di contratto sia stata disposta da una Amministrazione pubblica differente dalla stazione appaltante che ha indetto la gara; infatti, la dichiarazione prevista dalla seconda parte della suddetta norma consente all'Amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con Amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 16 marzo 2010, n. 1528

Sulla ammissibilità di una polizza fideiussoria mediante un modulo prestampato, nel caso di clausola derogatoria inserita in appendice alla medesima polizza.

E' illegittima l'esclusione di una ditta da una gara pubblica motivata con riferimento al fatto che la ditta stessa ha presentato una **cauzione provvisoria**, mediante polizza fideiussoria, **con un termine di efficacia inferiore a quello previsto dal bando**, nel caso in cui il contratto fideiussorio sia stato stipulato su un modulo predisposto dalla compagnia di assicurazione, e l'appendice di polizza contenga una clausola derogatrice del termine di efficacia e/o di durata, che consente di equiparare la validità della polizza presentata a quella espressamente richiesta dal bando; in tal caso, infatti, la clausola derogatrice della durata della polizza, proprio perché posta in deroga a quanto previsto dal modulo predisposto da una delle parti, non può essere qualificata quale mera clausola di stile.

TAR BASILICATA – POTENZA, SEZ. I - sentenza 11 marzo 2010, n. 109

Sulla legittimità dell'esclusione da una gara di una ditta che ha presentato una polizza fideiussoria d'importo di 20 centesimi di euro inferiore rispetto a quello previsto dal bando.

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso da una gara di appalto una ditta, motivato con riferimento al fatto che la ditta esclusa ha presentato una **polizza fideiussoria di importo inferiore rispetto a quello dovuto e richiesto dal bando, sia pure di soli 20 centesimi di Euro**, nel caso in cui il bando di gara contenga una chiara ed inequivoca indicazione della somma su



cui calcolare l'importo della cauzione; né tale esigua differenza può avere rilevanza per giustificare una regolarizzazione postuma della documentazione, atteso che la garanzia provvisoria risulta finalizzata a fornire un'adeguata tutela delle ragioni creditorie della P.A., senza che possa ritenersi residuare nei confronti dell'offerente alcun margine di incertezza e di opinabilità, o comunque residuare alcuna discrezionalità da parte della stazione appaltante in ordine all'accettazione di un importo inferiore a quello richiesto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 17 marzo 2010, n. 1554

Sulla legittimità di un provvedimento che dispone la revoca senza prevedere l'indennizzo e sulla spettanza o meno dell'indennizzo nel caso di mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Non può ritenersi illegittima la revoca di un provvedimento amministrativo (nella specie si trattava dell'aggiudicazione di una gara) nel caso in cui **non sia stato contestualmente previsto un indennizzo**, atteso che la mancata previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, in un provvedimento di revoca, non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutinarne i presupposti.

L'indennizzo spetta sempre che la revoca, legittima (altrimenti vi sarebbe materia per il risarcimento), **incida su rapporti di durata** (su un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole), che sia determinata da sopravvenuti motivi di pubblico interesse, dal mutamento della situazione di fatto o da una nuova valutazione dell'interesse pubblico. Se invece il ritiro dell'atto è dipeso unicamente da un palese errore materiale o il danno è stato prodotto da un colpevole comportamento del privato, allora nessun indennizzo è dovuto.

L'indennizzo previsto per i provvedimenti di revoca non è dovuto per il caso di non approvazione dell'aggiudicazione provvisoria oggetto di una specifica disciplina nell'ambito della normativa sull'evidenza pubblica.

In materia di contratti della P.A., **il potere di negare l'approvazione** dell'aggiudicazione per ragioni di pubblico interesse **ben può trovare fondamento**, in via generale, **in specifiche ragioni di pubblico interesse e non trova ostacoli nell'esistenza dell'avvenuta aggiudicazione definitiva o provvisoria**; pertanto è illegittimo l'atto di revoca dell'aggiudicazione che non sia motivato in base ad un pubblico interesse idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto diritto dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione.

Va considerato assolutamente fisiologico che all'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione della valutazione negativa sulla permanente utilità del contratto, l'affidamento definitivo del contratto. Ciò perché il controllo sull'aggiudicazione provvisoria è un evento positivamente disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare un qualunque affidamento tutelabile (qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice) ed un obbligo risarcitorio.



Non può essere accolta una domanda tendente ad ottenere il risarcimento dei danni a seguito del legittimo annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, costituente specifica espressione del potere di controllo sugli atti di gara della P.A. appaltante.

Non può essere accolta una domanda tendente ad ottenere l'**indennizzo** di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 nel caso di **mero ritiro** di un'aggiudicazione provvisoria (atto avente per sua natura efficacia interinale e non idonea a creare affidamenti) e non di una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli, come previsto dall'art. 21 *quinquies* per l'indennizzabilità della revoca.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III - sentenza 3 marzo 2010, n. 677

Sui limiti della facoltà delle P.A. appaltanti di introdurre nei bandi di gara requisiti ulteriori non previsti dalla vigente legislazione.

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

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

E' illegittimo, per violazione dei principi di proporzionalità, libertà di concorrenza e *favor participationis*, e per ingiustificata restrizione del numero dei partecipanti, il bando di una gara - indetta da un Comune di piccole dimensioni - per l'affidamento in concessione del servizio di gestione, riscossione ed accertamento della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche temporanea e permanente, dell'imposta comunale sulla pubblicità, e dei diritti sulle pubbliche affissioni, che preveda, quali requisiti di partecipazione - oltre alla iscrizione all'albo di cui all'art. 53 del D. Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446 (albo nazionale dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e delle altre entrate delle Province e dei Comuni) - anche la dimostrazione di aver svolto, per almeno un triennio continuativo nell'ultimo quinquennio antecedente la data della gara, il servizio di liquidazione, accertamento e riscossione dei servizi oggetto del bando in forma congiunta ed in almeno due Comuni con popolazione superiore a 90.000 abitanti, nonché di aver conseguito un fatturato, nel triennio precedente, per un importo, per aggi, non inferiore ad euro 8.000.000,00 al netto di IVA.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 2 marzo 2010, n. 1207

Sulla legittimità del provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha autorizzato tutte le imprese a produrre ex post il certificato circa il rispetto sulle norme a tutela dei disabili.

Legittimamente la stazione appaltante ha invitato tutte le ditte concorrenti ad una gara di appalto ad integrare la documentazione già prodotta, con il certificato sul diritto al lavoro dei disabili di cui all'art. 17 della L. 23 marzo 1999, n. 68, nel caso in cui nessuna delle ditte concorrenti abbia prodotto tale certificato in sede di presentazione dell'offerta; in tal caso, infatti, la mancata osservanza dell'art. 17 della legge 23 marzo 1999, n. 68 (secondo cui grava su tutte le imprese che entrano in rapporto con la P.A. l'obbligo di dimostrare, sin dalla presentazione dell'offerta, che l'impresa è in regola con la normativa sull'avviamento al lavoro dei disabili), applicabile *ex lege* senza che sia necessario prevedere il suddetto obbligo nel bando di gara, avrebbe comportato l'esclusione di tutte le ditte e la conseguente necessità del rifacimento della gara, senza nessun vantaggio per l'Amministrazione e per i concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 9 marzo 2010, n. 1373

Sulla necessità di presentare una dichiarazione circa il possesso del requisito della moralità dell'impresa anche con riferimento al procuratore ad negotia.

L'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come **destinatari tutti coloro che**, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato. Deve pertanto ritenersi sussistente **l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali.**

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I - sentenza 26 febbraio 2010, n. 1195

Sull'illegittimità della clausola di un bando di gara che attribuisce al solo presidente della commissione aggiudicatrice il potere di disporre l'esclusione delle ditte partecipanti.

Nelle gare di appalto, la verifica della regolarità dei plichi e dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché le relative determinazioni di ammissione o di esclusione dei concorrenti, costituiscono attività di contenuto decisorio, che rientrano nei compiti della commissione di gara, da svolgere quindi in composizione plenaria, nel rispetto del principio della collegialità perfetta, così come peraltro previsto dall'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (secondo cui "quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione



è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento"); è pertanto illegittima la previsione di un bando di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che, in contrasto con l'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, attribuisce il potere di escludere dalla gara le ditte al presidente della commissione di gara, anziché alla commissione di gara nella sua collegialità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 22 febbraio 2010, n. 1035

Sulla legittimità dell'esclusione di una ditta il cui legale rappresentante ha ommesso di sottoscrivere ogni pagina della lista delle categorie di lavorazioni e forniture.

E' legittima l'esclusione da una gara pubblica di una impresa il cui legale rappresentante ha ommesso di sottoscrivere, in ogni pagina, la lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per la esecuzione dei lavori, nel caso in cui tale sottoscrizione sia prescritta come obbligatoria dalla lex specialis a pena di esclusione; infatti, essendo le liste delle lavorazioni finalizzate ad evidenziare che il concorrente ha avuto piena contezza delle quantità e dei prezzi delle lavorazioni, l'omessa sottoscrizione delle stesse determina - a maggior ragione se l'omissione sia sanzionata dal bando con la espulsione dalla gara - la scelta obbligata dell'esclusione, in osservanza del principio di parità di trattamento.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II BIS - sentenza 22 marzo 2010 n. 4489

Sulla necessità di comunicare l'avvio del procedimento in caso di revoca degli atti di indizione della gara e sull'inapplicabilità dell'art. 21 octies.

1. E' illegittima la revoca degli atti indittivi di una gara, disposta nel corso del suo espletamento, che non sia stata preceduta dalla comunicazioni di avvio del procedimento alle ditte partecipanti alla gara, a tutela dell'affidamento riposto da queste ultime nella conclusione del procedimento stesso; né tale vizio, nel caso di revoca, può essere sanato sostenendo che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, con conseguente applicazione dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, atteso che il legislatore, con quest'ultima disposizione, ha escluso l'annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento solo quando esso abbia "natura vincolata" e non può quindi essere diverso, mentre **la revoca di una gara già bandita è chiaramente espressione di un potere discrezionale** della P.A.

2. Anche se sussiste la possibilità dell'Amministrazione di mutare legittimamente il proprio orientamento circa le migliori modalità di perseguimento dell'interesse pubblico affidato anche in mancanza di sopravvenienze, revocando una gara di appalto in precedenza indetta, salva la tutela del pregiudizio (per responsabilità precontrattuale) arrecato ai privati interessati, deve ritenersi **illegittima la revoca della procedura di gara motivata facendo esclusivo riferimento alla possibilità di provvedere alla gestione diretta da parte degli uffici comunali** dei servizi per i quali è stata indetta la gara, senza alcuna previsione circa l'impatto sulle competenze e gli assetti gestionali interni e senza alcuna stima circa la compatibilità con le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili.



TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I - sentenza 25 marzo 2010 n. 198

Sulla rilevanza delle false dichiarazioni rese in sede di gara.

L'art. 38, comma 1, lett. h), del d. lgs. n. 1632006 (secondo cui vanno esclusi quei partecipanti che "nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio") può trovare applicazione laddove tale annotazione sia pacifica e incontrovertibile; nel caso, invece, in cui la stessa sia contestata in sede giurisdizionale, deve applicarsi la generalissima regola per cui il tempo del giudizio non può andare a danno di colui che lo ha proposto, per cui, per evitare conseguenze irragionevoli, gli effetti dell'annotazione debbono restare sospesi fino alla definitiva decisione sul merito della questione. Deve pertanto ritenersi che il momento da cui decorre, per le Stazioni appaltanti, l'obbligo (e non solo la facoltà) di escludere dalle gare chi ha reso false dichiarazioni, non sia quello dell'annotazione nel Casellario informatico, bensì quello della sentenza che accerta in modo definitivo la sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. h).

Nella motivazione della sentenza si ammette che la **giurisprudenza non è univoca**, dato che accanto a sentenze che affermano la doverosità dell'esclusione dal momento della mera annotazione (e sono, va sottolineato, la maggioranza), ve ne sono altre che fanno decorrere l'obbligo di esclusione e il periodo interdittivo dalla data della sentenza definitiva.

CORTE DI CASSAZIONE – SS. UU. CIVILI - ordinanza 5 marzo 2010, n. 5291

Conferma il nuovo orientamento secondo cui rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. anche la domanda di annullamento del contratto di appalto e di reintegrazione in forma specifica, a seguito dell'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione.

A seguito della entrata in vigore nel dicembre 2007 della direttiva CE n. 66 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, relativa al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici" - i cui principi dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, deve ritenersi che, nelle controversie riguardanti le gare bandite dopo tale data, il giudice amministrativo sia competente a pronunciarsi anche sulla domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso con l'aggiudicatario.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 6 aprile 2010, n. 1930

Sulle modalità di accertamento del requisito della regolarità contributiva e previdenziale nelle gare di appalto, sul valore del DURC, sulla necessità o meno di una motivazione sulla gravità della violazione rilevata e sulla necessità o meno di accertare il requisito anche nei confronti dell'impresa ausiliaria.



Il DURC (documento unico regolarità contributiva) assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

Nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni, come, ad esempio, la sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero la necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione.

Nel caso in cui una ditta abbia partecipato alla gara per l'aggiudicazione di più lotti anche avvalendosi dei requisiti di una impresa ausiliaria, i requisiti di partecipazione (tra i quali vi è anche quello della c.d. regolarità contributiva) vanno accertati anche nei confronti dell'impresa ausiliaria, restando irrilevante la circostanza che la impresa ausiliata già possedeva i requisiti previsti per aggiudicarsi l'appalto, non potendosi ritenere che l'eventuale carenza di un requisito di partecipazione può ritenersi superata se, comunque, risultano sussistenti i requisiti di aggiudicazione.

E' legittimo il provvedimento della stazione appaltante con il quale è stato dichiarato inefficace il provvedimento di aggiudicazione definitiva di una gara pubblica, che sia motivato con riferimento al fatto che mentre una ditta ausiliaria dell'aggiudicataria ha dichiarato di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana, a seguito degli accertamenti effettuati dalla P.A., è risultata, al contrario, la violazione, grave, delle suddette norme, in quanto dai DURC depositati è emerso che la stessa ditta ausiliaria non risultava in regola con il versamento di considerevoli importi, per premi e accessori INAIL, sia al termine per la presentazione delle domande, sia al termine per la presentazione delle offerte.

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I - sentenza 30 marzo 2010, n. 5073

Sui casi in cui può ritenersi ammissibile un ricorso proposto avverso il bando di gara.

Solo nel caso di impugnazione della lex specialis di gara da parte di un'impresa che già in base alle prescrizioni del bando (ritenute illegittime) verrebbe esclusa, non occorre - ai fini dell'ammissibilità del ricorso - che l'impresa stessa sia poi tenuta a presentare domanda di partecipazione alla gara. In tal caso, infatti, l'ammissibilità del ricorso viene in considerazione investendo una clausola del bando che richiede un requisito di ammissione alla procedura non posseduto dalla parte ricorrente, di talché, in tale evenienza, la presentazione della domanda di partecipazione verrebbe a risolversi in un inutile formalismo.



E' ammissibile l'impugnazione del bando di gara, anche nel caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, laddove si censuri che il tempo previsto per la compilazione del progetto esecutivo e di altri documenti attinenti l'offerta tecnica è tanto breve da non rendere effettivamente possibile presentare l'offerta. Occorre, tuttavia, all'uopo una apposita dimostrazione circa l'esiguità dei tempi per la predisposizione e formulazione dell'offerta, onde, in mancanza di tale dimostrazione, il ricorso proposto avverso il bando, ma non seguito dalla presentazione dell'istanza di partecipazione, deve ritenersi inammissibile.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV - sentenza 31 marzo 2010, n. 1832

Sulla omessa sottoscrizione di un documento allegato alla domanda di partecipazione.

Nelle gare di appalto, la mancata sottoscrizione di un atto che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara da parte di un concorrente non può essere considerata in via di principio una irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento perché fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso; a conclusioni diverse si potrebbe semmai giungere ove manchi la sottoscrizione singola di tutte le pagine di cui il documento si compone ma non dell'ultima la cui sottoscrizione, secondo la logica comune, sta a significare l'appropriazione del contenuto complessivo di un determinato atto (in applicazione del principio nella specie è stata ritenuta legittima l'esclusione di una ditta che aveva omesso di sottoscrivere uno dei documenti richiesti, sottoscrizione che era stata prevista espressamente a pena di esclusione; in tal caso, infatti, l'Amministrazione non avrebbe potuto legittimamente ignorare la clausola che aveva dettato specificamente a garanzia della completezza e veridicità delle dichiarazioni).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 31 marzo 2010, n. 1830

Sulla illegittimità della composizione della commissione giudicatrice di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ove un componente esterno sia stato nominato dalla P.A. senza richiedere preventivamente al competente Ordine professionale e/o all'Università degli Studi l'indicazione della "rosa dei candidati".

Deve ritenersi illegittimamente costituita la commissione giudicatrice di una gara per l'affidamento di un appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui uno dei componenti esterni della commissione medesima sia stato nominato dalla P.A. senza l'osservanza dei criteri imposti dall'art. 84 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici), e, in particolare, senza che la stazione appaltante abbia preventivamente inoltrato agli Ordini professionali e/o all'Università degli Studi, specifica richiesta di indicazione delle "rose di candidati" da cui trarre il nominativo del componente esterno (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta illegittima la composizione della commissione giudicatrice, atteso che la stazione appaltante aveva provveduto a nominare componente esterno, in qualità di esperto, un avvocato, senza richiedere preventivamente al competente Ordine professionale l'indicazione della "rosa dei candidati").



La norma individua quindi una ben definita cerchia di "esperti", nell'ambito della quale deve essere effettuata la scelta del "componente" esterno; trattasi di una qualificazione normativa ex ante, in funzione di preventiva garanzia della competenza professionale e della terzietà del componente, la cui tassatività non lascia spazio ad ulteriori designazioni.

Nella specie, quindi, la stazione appaltante, per nominare un componente esterno, avrebbe dovuto richiedere preventivamente agli Ordini professionali (e alle Facoltà universitarie) le "rose di candidati" da cui trarre il nominativo del componente. Era stato nominato invece un avvocato, senza ottenere preventivamente dall'Ordine professionale di appartenenza la rosa dei candidati.

E' stata ritenuta irrilevante la tesi della difesa erariale secondo cui l'Amministrazione non aveva potuto ottemperare al disposto della lettera a) cit. perché il competente Ordine professionale degli avvocati non aveva provveduto a predisporre e quindi a fornire le "rose" dei candidati necessari per la formazione degli elenchi, non evadendo la richiesta formulata dall'Amministrazione; gli elenchi con le segnalate "rose" di nomi peraltro non risulterebbero – secondo la detta difesa – essere state istituite neppure successivamente; si tratterebbe quindi di un caso di oggettiva impossibilità a provvedere derivante da forza maggiore.

Ha osservato al riguardo la sentenza in rassegna che, in disparte l'annotazione che l'Amministrazione ben avrebbe potuto formulare analoga richiesta anche all'Università degli studi, in ogni caso non vi era prova dell'avvenuta richiesta, né del fatto che la stessa fosse rimasta "inevasa"; nel corso della discussione in udienza pubblica era stato solo affermato che la stazione appaltante si era limitata ad effettuare una "telefonata", di cui peraltro non vi era traccia in sede probatoria.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 23 marzo 2010, n. 1700

Sul principio del formalismo che domina le gare di appalto e sulla legittimità o meno dell'esclusione di alcune ditte che hanno ommesso di indicare il corrispettivo per talune voci unitarie previste nello schema di offerta allegato al bando.

Nel caso in cui nel corso di una gara di appalto si riscontrino delle lacune nella domanda di partecipazione alla gara o nella allegata documentazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "lex specialis" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che la disciplina delle procedure di gara è caratterizzata dal formalismo, rispondendo tale principio, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti.

In sede di verifica delle offerte anomale, è necessario che la commissione di gara fornisca una plausibile e convincente motivazione in ordine all'effettuata verifica degli elementi forniti dall'impresa a supporto della propria offerta; ciò proprio al fine di limitare il più possibile e riportare nei confini della legalità quell'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante; tale discrezionalità, altrimenti, rischierebbe di trasmodare in determinazioni ermetiche e perciò soggettive, arbitrarie e potenzialmente clientelari.

TAR PIEMONTE, SEZ. II - sentenza 26 marzo 2010, n. 1597

Sui casi in cui può essere legittimamente utilizzata la procedura negoziata senza pubblicazione del bando ex art. 57 lett. c) del Codice dei contratti pubblici.

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

Al fine di poter fare ricorso legittimamente al sistema della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, previsto dall'art. 57, 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 alla P.A. per illegittimità riconducibili alla sua responsabilità, quale causa, ritenuta valida, dell'estrema urgenza di affidare direttamente un servizio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 6 aprile 2010, n. 1909

Sulla legittimità o meno di una clausola di un bando di gara che impone di dichiarare anche le condanne per le quali è stato concesso il beneficio della non menzione e sulla necessità o meno di dichiarare anche le condanne che riguardano la vita personale del dichiarante e quelle riportate a seguito di patteggiamento.



L'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non richiede alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante; se così fosse verrebbe meno infatti la *ratio* della disciplina che è volta a semplificare l'azione amministrativa, facendo leva sul principio di autoresponsabilità del dichiarante. Nel caso di omessa dichiarazione circa una condanna penale, la non veridicità di quanto auto-dichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera indipendentemente da ogni indagine della P.A. sull'elemento soggettivo del dichiarante, perché non vi sono particolari risvolti sanzionatori in giuoco, ma solo le necessità di spedita esecuzione della legge sottese al sistema della semplificazione. L'accertamento dell'elemento soggettivo, infatti, può essere rilevante sotto altri profili (ad es. per verificare la sussistenza di un eventuale reato di truffa ex art. 640 del c.p.), ma non per applicare le conseguenze decandenziali legate alla non veridicità della dichiarazione.

Il partecipante ad una gara d'appalto ha l'obbligo di dichiarare alla P.A. qualsiasi elemento utile al fine di valutare la sussistenza di possibili cause di esclusione, ivi compresi i fatti pertinenti non già alla vita professionale, ma a quella personale del partecipante. Ne consegue che legittimamente la P.A., in sede di autotutela, annulla d'ufficio l'aggiudicazione di un appalto, allorché venga a sapere che l'aggiudicatario abbia sottaciuto di avere riportato una condanna per concussione, ovvero una sentenza patteggiata ai sensi dell'art. 444 c.p.p., anche se attinente ad un reato estinto per decorso del termine quinquennale di cui all'art. 445 c.p.p..

Nella sentenza in rassegna è stato all'uopo osservato che il certificato del casellario giudiziario non riporta se chiesto dai privati le condanne per le quali è stato riconosciuto il beneficio della non menzione nonché le sentenze di applicazione della pena su richiesta (patteggiamento) e neppure (art. 34 comma 4 l. n. 55 del 1990) i provvedimenti definitivi di irrogazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale ex art. 3 l. n. 1423 del 1956; per effetto dell'entrata in vigore del t.u. del casellario giudiziario (d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313) solo al p.m. ed all'autorità giudiziaria penale è consentita l'acquisizione del certificato integrale (in precedenza acquisibile da tutte le pubbliche amministrazioni), mentre le pubbliche amministrazioni possono ottenere solo il certificato rilasciato all'interessato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 6 aprile 2010, n. 1907

Sulla necessità o meno di comunicazione dell'avvio del procedimento nel caso di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e sulla legittimità o meno dell'annullamento dell'aggiudicazione perchè la ditta aggiudicataria si è resa responsabile, nell'esecuzione di altra commessa, di negligenza o malafede.

La possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione del negativo riscontro sui requisiti posseduti dall'aggiudicatario, l'affidamento definitivo del contratto è un evento del tutto fisiologico e positivamente disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare un qualunque affidamento tutelabile, qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, ed un obbligo risarcitorio.



L'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale ed il suo annullamento da parte della stazione appaltante è un atto assimilabile all'atto di mero ritiro, piuttosto che ad un vero e proprio compiuto atto di autotutela, tanto che non necessita nemmeno di comunicazione di avvio del procedimento. Tale annullamento è infatti inidoneo a produrre la definitiva lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima ed in riferimento esclusivamente alla quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso.

In sede di controllo sull'aggiudicazione provvisoria, non avente altro effetto che quello di far sorgere una mera aspettativa, è ben possibile che l'Amministrazione si determini a non aggiudicare l'appalto ove scopra che un concorrente si è reso responsabile, nell'esecuzione di altra commessa, di negligenza o malafede e sia quindi non idoneo a contrarre con l'amministrazione appaltante.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 7 aprile 2010, n. 1967

Sull'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto disposto sulla base di una informativa antimafia atipica che non poggiava su elementi circostanziati e completi e per asserito collegamento tra l'impresa aggiudicataria ed altra impresa partecipante alla stessa gara che non sia stato preceduto da comunicazione di avvio del procedimento.

E' illegittima una informativa antimafia atipica, sulla base della quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto, che non poggi su elementi circostanziati e completi, tali da consentire alla stazione appaltante di formulare un meditato giudizio in merito alla concreta esistenza di elementi ostativi all'approvazione degli atti ed alla stipula del contratto.

E' illegittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto per asserito collegamento con altra impresa partecipante alla medesima gara che non sia stato preceduto da apposita comunicazione di avvio del procedimento alle imprese interessate. Infatti, come rilevato da una recente sentenza della Corte di Giustizia, 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 16 marzo 2010, n. 1513

Sulla legittimità o meno dell'esclusione da una gara pubblica dell'impresa capogruppo e mandataria di una a.t.i., che, ai fini della dimostrazione del requisito della moralità professionale, ha ommesso di produrre il certificato del casellario giudiziale od una dichiarazione sostitutiva autenticata riferita al Presidente del Consiglio di Amministrazione.



Qualora il bando di una gara di appalto commini l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento e l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva o ancora sulla congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando.

Nel caso in cui la lettera invito relativa ad una gara di appalto richieda che, tra la documentazione di gara, debba ricomprendersi anche il "certificato generale del casellario giudiziale di data non anteriore a sei mesi da quella fissata per la licitazione o dichiarazione sostitutiva autenticata con le modalità di cui all'art. 20 della legge n. 15 del 1968 riferito a tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza", va esclusa dalla gara una ditta il cui legale rappresentante non abbia prodotto nella documentazione di gara il certificato del casellario giudiziale, ovvero una dichiarazione sostitutiva ex lege n. 15 del 1968.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 30 marzo 2010, n. 1795

Sulla legittimità o meno della clausola del bando che impone di dichiarare tutte le condanne penali riportate, anche se per esse sia stato accordato il beneficio della non menzione e sulla necessità o meno di escludere una ditta che ha omesso di dichiarare una condanna per la quale era stato accordato detto beneficio.

Nel caso in cui la lex specialis preveda l'obbligo nei confronti delle ditte concorrenti di dichiarare la sussistenza di tutti i requisiti di ordine generale per la partecipazione alla gara previsti dall'articolo 38 del d.lgs. 163 del 2006 (Codice dei Contratti pubblici), indicando anche le eventuali condanne per le quali sia stato concesso il beneficio della non menzione con riferimento al possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera c), è legittima l'esclusione dalla gara di una impresa il cui legale rappresentante abbia omesso di dichiarare una sentenza di condanna, divenuta irrevocabile, per la quale era stato concesso il beneficio della non menzione.

Non inficia la validità di una dichiarazione sostitutiva la circostanza che la dichiarazione stessa sia stata inserita in un unico documento contenente le dichiarazioni di altri soggetti. La presentazione di un unico documento non esclude, infatti, che sotto il profilo giuridico, si debba qualificare detto documento come contenente una serie di atti plurimi imputabili ai singoli soggetti che hanno sottoscritto la dichiarazione. D'altra parte, non vi è alcuna disposizione che vieti di concentrare in un unico documento le dichiarazioni sostitutive rese da più soggetti, quanto meno nei casi in cui sia agevolmente ravvisabile una oggettiva e soggettiva connessione tra le dichiarazioni stesse, anche in funzione della loro destinazione.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 9 aprile 2010, n. 1997

Sulla legittimità o meno della revoca della gara per l'appalto di un servizio, disposta dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte e l'aggiudicazione provvisoria, motivata con l'esigenza di gestire in proprio il servizio.



Come è confermato dalla disciplina dell'attuale art. 11 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), deve ritenersi che non sia precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca od all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'Amministrazione; un tale potere, in precedenza, si fondava, oltre che sulla disciplina di contabilità generale dello Stato - che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827) - anche sul principio generale dell'autotutela della P.A., che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

L'aggiudicazione provvisoria è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, che determina la nascita di una mera aspettativa, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo, e determina nell'aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto e non già un affidamento qualificato. Di conseguenza, ove la P.A. decida di revocare, in sede di autotutela, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'avvio del relativo provvedimento non dovrà essere notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario.

Per recidere la situazione di aspettativa dell'aggiudicatario provvisorio è in ogni caso sufficiente la mera adozione di un atto soprassessorio che si inserisca nel procedimento ad evidenza pubblica, tra la fase dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva, essendo sufficiente la comunicazione della stazione appaltante ad es. di non poter dar corso all'esecuzione dei lavori per cause non dipendenti dalla propria volontà e di essere intenzionata a procedere all'annullamento della gara d'appalto a suo tempo esperita, con ciò preannunciando la revoca degli atti di gara, con atto idoneo a concretare un avviso alla aggiudicataria.

TAR LAZIO - ROMA SEZ. III - sentenza 13 aprile 2010, n. 6643

Sui presupposti necessari e sufficienti per disporre l'esclusione dalla gara per grave negligenza o malafede commessa in precedenti appalti e sulla sussistenza o meno di una responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso in cui la P.A. appaltante abbia negato l'approvazione del contratto dopo oltre un anno.

L'approvazione e il diniego di approvazione del contratto da parte della P.A. hanno natura provvedimento, costituendo esercizio di potere discrezionale e autoritativo, ed a fronte di tali atti le posizioni soggettive dei soggetti privati coinvolti hanno consistenza di interessi legittimi, sindacabili dal giudice amministrativo.

Costituisce principio risalente nella disciplina dei contratti con la P.A. quello della perdita della capacità di contrarre, da parte delle imprese private, quando esse siano incorse in negligenza o malafede nell'esecuzione di altra prestazione con la P.A., trovando riscontro già negli artt. 3, comma 3, del R.D. n. 2240 del 1923 e 68, comma primo, del R.D. n. 827 del 1924. Il principio è stato sostanzialmente confermato anche dalla legislazione più recente, come si evince dal testo dell'art. 75 comma 1 lett. f) del D.P.R. n. 554 del 1999 e ora da quello di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere



affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti", tra gli altri, "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante").

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163 del 2006, la pregressa grave negligenza in altro rapporto contrattuale, impedisce non solo la partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento di lavori pubblici, ma la stessa possibilità di "stipulare i relativi contratti". Deve ritenersi quindi che la grave negligenza dell'impresa in sede di esecuzione di un contratto ben possa rilevare ostativamente anche nella fase di approvazione di altro contratto (ai fini del diniego dell'approvazione stessa), quando essa sia emersa o sia stata accertata dopo la conclusione del contratto medesimo e nelle more del perfezionamento della sua efficacia.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 19 aprile 2010, n. 2188

Sulla possibilità o meno di dichiarare l'aggiudicazione della gara a seguito dell'accoglimento del ricorso che ha comportato l'esclusione dalla gara di una delle due ditte ammesse.

Nel caso di gara con due soli concorrenti e che, a seguito di un giudizio innanzi al G.A., è rimasta con unico offerente, l'unica offerta rimasta in gara non deve essere necessariamente aggiudicata come effetto conformativo della decisione, ove il bando preveda che l'Amministrazione deve valutare se "aggiudicare la gara anche in presenza di una sola offerta purchè ritenuta congrua".

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV - sentenza 20 aprile 2010, n. 2199

Sul giudice competente a decidere una controversia relativa alla revoca dell'aggiudicazione e sulla legittimità o meno della revoca dell'aggiudicazione disposta per mancata tempestiva costituzione della cauzione definitiva.

I contratti d'appalto della P.A. si possono considerare formalmente conclusi solo quando siano state rispettate le formalità tipiche dei contratti, tra cui rientrano le relative sottoscrizioni al termine del procedimento stabilito dalla legge.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 21 aprile 2010, n. 2254

Sul momento in cui, a seguito della gara, insorge il vincolo contrattuale con la P.A. e sul giudice competente a decidere una controversia concernente la revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta successivamente alla consegna dei lavori, ma anteriormente alla stipula del contratto, per una serie di contestazioni riguardanti il progetto appaltato.

Come chiarito dall'art. 11, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui "L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta"), il rapporto contrattuale con la P.A. non sorge con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che spetta alla giurisdizione esclusiva del



Giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI - sentenza 27 aprile 2010, n. 2384

Sui presupposti che debbono ricorrere per ravvisare la colpa della P.A. che giustifica l'accoglimento di una domanda di risarcimento a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto e sui criteri per determinare in tal caso il danno ed in particolare sull'ammissibilità o meno del risarcimento del c.d. "danno curriculare" e delle spese di partecipazione alla gara.

L'errore sull'interpretazione delle norme, da parte del soggetto pubblico chiamato ad applicarle è, eccezionalmente, scusabile - tenuto conto del principio "ignorantia legis non excusat" - solo in presenza di oggettiva oscurità, sovrabbondanza o repentino mutamento delle norme stesse, ovvero di verificata sussistenza di contrasti interpretativi.

Sussiste il presupposto della colpa della P.A., necessario per il risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, nel caso in cui una gara sia stata illegittimamente aggiudicata ad una ditta che avrebbe dovuto invece essere esclusa per non avere allegato alle autocertificazioni, circa la regolarità contributiva e l'insussistenza di cause di esclusione, una fotocopia del documento di identità del dichiarante. Tale produzione documentale, infatti, costituiva elemento costitutivo dell'autocertificazione, in quanto espressamente previsto dalla legge (art. 38, comma 3, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), in termini pacificamente recepiti dalla giurisprudenza.

La quantificazione del danno derivante da lesione di interessi legittimi, nel caso di illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, deve essere direttamente rapportata all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata. Tale utile, che la prevalente giurisprudenza mutua dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (riprodotto dall'art. 122 del regolamento, emanato con D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e dall'art. 37 septies, comma 1, lettera c, della legge 11 febbraio 1994, n. 109), nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, al di là di tale enunciazione di massima deve essere invece oggetto di concreta determinazione, nei casi in cui sussistano diversi rapporti fra costi e ricavi, in termini documentabili dalla parte interessata.

In sede di risarcimento dei danni per illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, va compensato anche il cosiddetto "danno curriculare", ovvero la "deminutio" di peso imprenditoriale della società, 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 – fra l'1% e il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare.



CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI - sentenza 27 aprile 2010, n. 2388

Sulla necessità che le clausole escludenti del bando di gara siano chiare e sulla possibilità o meno per la commissione di gara di fissare sub-criteri di valutazione delle offerte.

In sede di gara di appalto, le clausole previste dal bando a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali e, nella eventuale incertezza interpretativa, deve essere favorita, anche nell'ottica della più ampia partecipazione di concorrenti, una interpretazione meno restrittiva delle stesse e che, comunque, non lede la par condicio tra i concorrenti.

La commissione di una gara di appalto, in ossequio ai principi di imparzialità e par condicio, può procedere alla predefinizione di criteri di riferimento per l'attribuzione dei punteggi ai diversi fattori ponderali delle offerte, soltanto prima dell'apertura delle buste e, cioè, nell'assoluta inconsapevolezza del loro contenuto e nell'obiettiva impossibilità di essere in qualche modo condizionata dalla preventiva avvenuta conoscenza di elementi rilevanti ai fini della valutazione delle offerte.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 29 aprile 2010, n. 2453

Sulle finalità del sigillo con ceralacca, sulla possibilità o meno di considerare equipollenti, quali modalità di presentazione delle offerte, la chiusura del plico mediante ceralacca, e la chiusura con nastro adesivo e l'apposizione della ceralacca su un lato del plico stesso.

Il «sigillo con ceralacca» risponde all'esigenza di garantire che il plico non possa essere aperto se non al prezzo di manometterne visibilmente la chiusura: il termine indica perciò una chiusura ermetica, tale da impedire ogni accesso o da rendere evidente ogni tentativo di apertura. La conferma dell'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, garantita dalla chiusura in ceralacca è finalizzata ad evitare manomissioni del contenuto del plico stesso e, quindi, a garantire la necessaria segretezza di tale offerta, a tutela della par condicio, nel rispetto del principio dell'integrità e imputabilità dell'offerta che governa la materia delle gare pubbliche.

Nel caso in cui il bando di gara preveda espressamente, a pena di esclusione, quale modalità di presentazione delle offerte, che ..."il plico deve essere ermeticamente sigillato con ceralacca e firmato sui lembi di chiusura ...", va esclusa dalla gara una ditta che ha presentato l'offerta in una confezione consistente in uno scatolo di cartone avente le dimensioni di cm. 10,7 di lunghezza x cm. 8,5 di altezza, che, su un lato, presenta l'etichetta contenente, oltre alla ragione sociale della partecipante e l'indirizzo della stazione appaltante, copioso nastro adesivo che chiude ermeticamente l'apertura stessa come pure il foglio contenente le notizie innanzi indicate (ragione sociale e indirizzo ASL) regolarmente ceralaccata, e, per l'inverso, presenta il lato sottostante della scatola stessa chiusa semplicemente mediante intersecazione dei lembi di cartone; in tal caso, infatti, la confezione deve ritenersi sostanzialmente e/o praticamente aperta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 11 maggio 2010, n. 2822



Sul dovere di dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle non menzionate nel certificato del casellario giudiziale e sull'esclusione per falsa dichiarazione nel caso di omessa dichiarazione di una condanna.

In forza di quanto previsto dall'art. 38, 1° comma, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), deve ritenersi legittima l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di ll.pp., che sia motivata con riferimento al fatto che il legale rappresentante della ditta esclusa, in contrasto con l'obbligo espressamente previsto dalla lex specialis di rendere, al riguardo, dichiarazioni complete e veritiere, ha falsamente dichiarato che, nei confronti degli amministratori e direttore tecnico dell'impresa stessa, non è stata pronunciata alcuna sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta (ivi comprese condanne per le quali fosse intervenuto il beneficio della non menzione, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), ove la falsità di tale dichiarazione sia chiaramente emersa, a seguito degli accertamenti effettuati di ufficio dalla stazione appaltante, dalle risultanze del certificato del casellario giudiziario, attestante l'esistenza di condanne penali nei confronti dei medesimi soggetti.

Le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti una gara ad evidenza pubblica ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente medesimo. Questi è pertanto obbligato a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare alcuna selezione delle condanne eventualmente riportate ed omettendo pertanto la dichiarazione di alcune di esse sulla base di una valutazione personale.

L'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara di appalto.

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - sentenza 14 maggio 2010 n. 6538

Sulla necessità che, ai fini del dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria, la certificazione di qualità posseduta dalle ditte sia inerente alle categorie prevalenti dei lavori previste per l'appalto.

Poiché il dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria previsto per le imprese in possesso del certificato di qualità è giustificato dalla maggiore affidabilità strutturale ed operativa dell'impresa, è necessario che tale requisito sia posseduto con riferimento all'oggetto specifico dell'appalto, dovendo sussistere una corrispondenza tra la categoria prevalente dei lavori posti in gara e quella a cui si riferisce la certificazione di qualità; non può pertanto farsi luogo al dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria nel caso di ditta in possesso della certificazione di qualità inerente ad altre categorie non previste dalla *lex specialis* e/o non inerenti all'appalto oggetto di aggiudicazione.



TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I - sentenza 17 maggio 2010, n. 1524

Sul potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto ai sensi dell'art. 245 ter del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dall'art. 10, c. 1, del d.lgs. n. 53 del 2010, norma applicabile anche ai giudizi pendenti.

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui l'aggiudicataria, pur avendo dichiarato in sede di gara di possedere un fatturato medio annuo nell'ultimo triennio in misura pari a quello prevista dal bando (nella specie di 3.000.000 euro nel triennio), in sede di verifica delle dichiarazioni rese non ha fornito idonea prova del possesso del requisito in questione, atteso che, in seguito all'invio di una specifica richiesta di documentazione probatoria avente valore legale da parte dell'Amministrazione, la impresa stessa si è limitata a produrre l'elenco dei clienti, alcuni contratti conclusi con gli stessi - privi delle relative fatturazioni - e mere autocertificazioni del fatturato, tutti atti privi di valenza legale, come invece richiesto dalla stazione appaltante.

La censura riguardante una asserita sproporzione tra l'importo a base d'asta previsto dalla lex specialis di gara e l'ammontare del fatturato medio annuo minimo previsto quale requisito di partecipazione, va proposta immediatamente contro il bando, trattandosi di clausola immediatamente lesiva perché richiedente un requisito minimo di partecipazione alla gara, che deve essere impugnata nel termine di decadenza decorrente dalla conoscenza della stessa.

Il giudice amministrativo, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto, può dichiarare, altresì, ai sensi dell'art. 245 ter del d.lgs. n. 163 del 2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, l'inefficacia del contratto stipulato nelle more del giudizio, con effetto decorrente dalla pubblicazione della sentenza. Detto articolo, peraltro, in virtù della sua natura processuale, può essere applicato anche ai giudizi instaurati in data antecedente all'entrata in vigore della legge stessa, in difetto di diversa disposizione transitoria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 19 maggio 2010, n. 3158

Sulla necessità di far luogo all'esclusione dalla gara di una impresa che abbia omissso di rendere una delle dichiarazioni previste dalla lex specialis (anche nel caso in cui l'omissione sia "innocua" - nel senso che non arreca vantaggio al concorrente e non arreca danno alla stazione appaltante).

Nel caso in cui il disciplinare di gara richieda la dichiarazione di assenza di condanne penali non solo per la società e i suoi legali rappresentanti, ma anche per gli altri soggetti indicati nell'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, la dichiarazione va resa anche con riferimento ai direttori tecnici dell'impresa.

Il principio generale secondo cui nelle gare di appalto non si può sanzionare con l'esclusione una omisssa dichiarazione quando l'omissione sia "innocua" (nel senso che non arreca vantaggio al concorrente e non arreca danno alla stazione appaltante), non si applica nel caso in cui la "legge" di



gara prescriva determinate dichiarazioni e sanzioni con l'esclusione la loro omissione, anche se l'omissione sia meramente formale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 20 maggio 2010, n. 3179

Sulla illegittimità dell'esclusione di una offerta pervenuta con il plico esterno lacerato in modo tale da consentire la visione parziale - ma non la sostituzione - dei documenti.

E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto di una offerta il cui plico esterno sia prevenuto lacerato, nel caso in cui tale lacerazione non sia di entità tale da consentire l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo; in tal caso, infatti, appare conforme principio di ragionevolezza ritenere che la lacerazione sia tale da non compromettere il principio di segretezza delle offerte nelle gare d'appalto; il che consente l'applicazione del criterio di massima partecipazione.

Nella motivazione della sentenza in rassegna si ricorda che la giurisprudenza ha affermato in passato che, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, occorre che il plico giunga alla stazione appaltante con la sigillatura operata dal concorrente del tutto integra, per cui non rileva che gli eventi di alterazione della sigillatura siano successivi alla consegna del plico all'ufficio postale o all'agenzia di recapiti autorizzata (Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 40).

Pertanto, secondo l'orientamento tradizionale, la mera circostanza che il plico sia pervenuto aperto alla Commissione implica l'esclusione, indipendentemente dal soggetto cui sia addebitabile l'erronea apertura, stante l'esigenza di assicurare la garanzia dei principi di *par condicio* e di segretezza delle offerte (T.A.R. Veneto, Sez. I, 19 luglio 2005, n. 2867).

Secondo la giurisprudenza, è irrilevante che all'avvenuta lacerazione del plico ponga rimedio con la sua successiva spillatura il trasportatore, data la soluzione nella continuità della segretezza dell'offerta fra momento in cui è uscita dalla sfera dell'offerente ed il momento in cui è giunta nella disponibilità della p.a. (T.A.R. Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 810).

Ha osservato la sentenza in rassegna che tale rigore è senz'altro giustificato qualora il plico contenente le offerte pervenga alla Commissione di gara praticamente aperto, oppure in modo tale da non assicurare che l'apertura del plico sia effettuata dalla Commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara.

Di converso, deve ritenersi ammissibile l'offerta il cui plico esterno sia prevenuto lacerato, nel caso in cui tale lacerazione non sia di entità tale da consentire l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 maggio 2010, n. 3203



Sulla legittimità dell'aggiudicazione nel caso in cui la gara abbia avuto lunghi periodi di sospensione e durante tali periodi le buste contenenti la documentazione e le offerte siano state consegnate ad un ufficio senza precisare se esse siano state risigillate o richiuse.

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui risulti che i lavori della commissione giudicatrice si siano protratti per molto tempo (nella specie per circa quindici mesi, a volte con lunghi intervalli tra una seduta e l'altra) e sia stato dato atto soltanto che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti, durante i periodi di sospensione della gara, è stata custodita presso i locali del Settore amministrazione generale, senza peraltro precisare se i plichi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) siano stati risigillati o comunque richiusi in modo adeguato così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione e non sia stato neppure individuato un soggetto responsabile della custodia dei plichi o un consegnatario degli stessi; ciò urta con precisi obblighi a carico della commissione giudicatrice che deve predisporre particolari cautele a tutela della integrità e della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche e deve farne esplicita menzione nel verbale di gara.

Ha aggiunto la Sez. V, che ha confermato sul punto la sentenza di primo grado, che l'illegittimità rilevata non poteva essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della Commissione di gara sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione e che, comunque, anche tale cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza della prova di sigillatura delle buste.

Ha precisato inoltre che il principio affermato, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende dalla stessa ratio che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente cui assegnare l'appalto con la P.A., in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi, consacrati dall'art. 97 Cost., di buon andamento e imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 maggio 2010, n. 3208

Sul principio generale del divieto di commistione tra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta e, in particolare, sulla legittimità o meno del criterio di valutazione delle offerte che, per un appalto del servizio di manutenzione di apparecchiature, dà rilievo alla ubicazione dell'azienda.

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



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

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

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 maggio 2010, n. 3222

Sulla illegittimità dell'esclusione automatica di una impresa da una gara, disposta perché la stessa impresa si trova in stato di amministrazione controllata.

E' illegittima l'esclusione di una impresa da una gara per l'affidamento di un appalto pubblico motivata con riferimento al fatto che l'impresa esclusa si trova in stato di amministrazione controllata. Infatti, l'amministrazione controllata non è una vera e propria procedura concorsuale che si introduce a seguito della fine attiva della vita di un'impresa, per cui si rende necessario ripartire in modo sostanzialmente equitativo i beni residui dell'impresa medesima, ma è, al contrario, un esperimento interlocutorio, tramite il quale si cerca in qualche modo di recuperare alla vita economica attiva un'impresa che si trova in uno stato di crisi, per cui la stessa ha bisogno di essere aiutata nel risollevarsi da una crisi che potrebbe comprometterne l'esistenza in futuro; onde non può ammettersi, contraddittoriamente con la suddetta finalità, che lo stesso sistema istituzionale preveda, poi, che l'impresa che si trova in stato di amministrazione controllata debba essere automaticamente esclusa dalla gara.

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - sentenza 21 maggio 2010 n. 1972



Sulla legittimità o meno dell'esclusione di una ditta da una gara per il fatto che all'offerta non è stata allegata, così come prescritto dal disciplinare, una copia del documento di identità del titolare della ditta stessa.

L'art. 38, comma 3, del dpr n. 445/2000, prevede l'allegazione del documento d'identità per le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre all'amministrazione pubblica; l'obbligo di allegazione del documento di identità, viceversa, non sussiste per dichiarazioni di volontà di natura negoziale, qual è l'offerta economica. E' pertanto illegittima l'esclusione da una gara di appalto disposta perchè una ditta non ha inserito - così come prescritto dal disciplinare di gara - la fotocopia del documento d'identità del suo titolare nella busta contenente l'offerta (nella specie, peraltro, la fotocopia del documento d'identità era stata inserita nella busta contenente la documentazione, sicché nella procedura di gara era stata già stata acquisita la copia del documento di riconoscimento con assolvimento dell'onere di provare oltre alle generalità del dichiarante, il nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione al dichiarante).

E' principio generale quello secondo il quale, ove le istanze o le dichiarazioni cui allegare il documento di identità siano rese dalla stessa persona in un medesimo procedimento e fanno parte di un medesimo insieme probatorio, non è necessario che siano accompagnate, ciascuna, da una fotocopia del documento di identità, altrimenti la formalità prescritta dall'art. 38 del dpr n. 445/2000 (in base alla quale le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi dell'amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore) si tramuterebbe in un formalismo senza scopo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - ordinanza 21 maggio 2010 n. 2252

Sulla legittimità della clausola del bando che impone di dichiarare tutte le condanne riportate, indipendentemente dalla loro gravità e sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera.

Sono legittime, e non già illogiche, arbitrarie o irragionevoli, le prescrizioni di un bando di gara per l'affidamento di un appalto di Il.pp., secondo le quali spetta ai partecipanti dichiarare espressamente il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, in particolare, tra l'altro, la inesistenza di sentenze di condanna passata in giudicato, spettando poi all'Amministrazione appaltante la valutazione della gravità dei reati.

La presentazione, da parte di una ditta partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, di una dichiarazione non veritiera ovvero falsa (indipendentemente da ogni considerazione sul fatto che essa di per sé legittimi un giudizio di inaffidabilità giustificante la esclusione dalla gara) costituisce motivo di esclusione *ex se* dalla procedura di gara.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 maggio 2010 n. 3213.

Sulla stretta interpretazione delle clausole di esclusione. Sulla valenza della dichiarazione in materia di diritto al lavoro dei disabili

1. In materia di procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione.
2. In materia di procedure ad evidenza pubblica, le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato comunitario.
3. Poichè nel Codice dei contratti pubblici non è presente una norma, con effetto preclusivo, che preveda nel caso di cessione d'azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici della cedente sia ai debiti tributari e previdenziali dalla stessa contratti, deve ritenersi che, in assenza di tale norma e per il principio di soggettività e personalità della responsabilità, non possa essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente.
4. La dichiarazione di cui all'art. 17 della L. n. 68/1999, con la quale le imprese attestano di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, costituisce requisito di partecipazione alla gara; ne consegue che la omissione di detta dichiarazione costituisce causa di esclusione dalla gara per la forza cogente propria della legge, anche se detta dichiarazione non sia richiamata dalla *lex specialis*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 3 giugno 2010 n. 3507

Sulla necessità della forma scritta per i contratti conclusi dalle PP.AA.

Come ripetutamente sostenuto dalla Corte di Cassazione, per il perfezionamento dei contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche è necessaria una manifestazione documentale della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo abilitato a concludere, in nome e per conto dell'ente pubblico, negozi giuridici, mentre devono ritenersi, all'uopo, inidonee le deliberazioni adottate da organi collegiali deliberativi, attesane la caratteristica di atti interni, di natura meramente preparatoria della successiva manifestazione esterna della volontà negoziale, di talchè un contratto non potrà dirsi legittimamente perfezionato ove la volontà di addivenire alla sua stipula non sia, nei confronti della controparte, esternata, in nome e per conto dell'ente pubblico, da quell'unico organo autorizzato a rappresentarlo.



Ne consegue che la normativa speciale dettata in tema di contratti della p.a. prevale sulla diversa disciplina dei rapporti tra privati, quale, ad esempio, quella dettata in tema di conferimento di incarichi professionali, in tema di stipula di locazioni e contratti agrari ultranovennali, in tema di rinnovo tacito del contratto di locazione (inconfigurabile, se il locatore sia un ente pubblico, nonostante il comportamento asseritamente concludente si sia, come nella specie, protratto per anni) (Cass. 26 giugno 2008, n. 17550; 8 gennaio 2005, n. 258).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 28 maggio 2010 n. 3398

Sulle modalità di presentazione dell'offerta e sull'interpretazione della clausole del bando

E' legittima l'ammissione ad una gara di appalto per l'affidamento di un servizio pubblico, di una ditta che ha presentato la propria offerta, nel termine previsto dalla *lex specialis*, a mezzo del servizio postale, non già con raccomandata con avviso di ricevimento - come espressamente richiesto dal bando a pena di esclusione - bensì a mezzo posta prioritaria in autoprestazione *ex art. 8*, d. lgs. n. 261/1999, nel caso in cui una clausola contenuta nelle avvertenze generali del medesimo bando, si limiti a precisare che non si sarebbe dato corso all'apertura dei soli plichi non ricevuti per il tramite del servizio postale; in tal caso, infatti, l'equivoca articolazione della formulazione del bando di gara, deve indurre a ritenere prevalente il principio del "*favor participationis*" e, conseguentemente, a non escludere dalla gara il plico presentato a mezzo posta prioritaria in autoprestazione *ex art. 8* citato, in quanto comunque transitato per il tramite del servizio postale, e tempestivamente recapitato entro il termine prescritto nel bando, con la consegna in autoprestazione, prevista da una puntuale norma di legge di settore.

Ha osservato, in particolare la sentenza in rassegna, che la "ratio" della clausola che impone a pena di esclusione l'utilizzo del servizio pubblico postale era intuitivamente quella di ottenere la certezza della data di spedizione e di recapito nonché, già in detta fase, la prova oggettiva della integrità della busta contenente l'offerta; ciò, anche al fine di evitare sospetti e/o dubbi di possibili manipolazioni delle buste in ipotesi verificabili negli stessi uffici, nel caso di consegna diretta e personale.

